

THÈSE DE
PARIS.
1883
N^o. 17.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 18 juin 1883, à midi

PAR

Henri BONNE

Avocat à la Cour d'Appel
Attaché au Cabinet du Garde des Sceaux

Président : M. GARSONNET, professeur.

<i>Suffragants :</i> {	MM. BUENOIR,	} <i>professeurs.</i>	
	JALABERT,		} <i>agrégés.</i>
	ALGLAVE,		
	LARNAUDE.		

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

DE

L'INALIÉNABILITÉ

DU FONDS DOTAL



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 18 juin 1883, à midi

PAR

Henri BONNE

Avocat à la Cour d'Appel

Attaché au Cabinet du Garde des Sceaux

Président : M. GARSONNET, professeur.

<i>Suffragants :</i>	{	MM. BUFNOIR,	}	<i>professeurs.</i>
		JALABERT,		
		ALGLAVE,		
		LARNAUDE.		<i>agrégés.</i>

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I

DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL SOUS LA LOI JULIA

Chez les peuples peu avancés en civilisation, il est un usage qu'on rencontre presque universellement, c'est l'achat de la femme par le mari : le mariage est un contrat de vente. Le consentement des parents n'est obtenu que moyennant un prix, et la femme, ravalée au niveau d'une chose, devient la propriété de son mari. Telle était la forme de l'union conjugale dans l'antiquité orientale.

Dans les premiers temps de la société grecque, l'achat de la femme était pratiqué habituellement comme le rapportent Strabon, Héraclède et Aristote ; mais de très bonne heure, la dot qu'on a appelée le premier signal de l'indépendance des femmes fut connue à Athènes : c'est ainsi qu'Homère nous montre Pénélope, dotée par son père Icare. Par la dot la femme acquit une personnalité, une existence civile, elle ne fut plus seulement l'objet d'un con-

trat, elle devint réellement partie à l'acte qui devait la lier. Solon, sans doute pour donner au mariage un autre mobile que l'intérêt, proscrivit, il est vrai, la dot, mais sa prohibition ne demeura pas longtemps en vigueur, et la dot devint plus tard, à Athènes, la marque distinctive séparant l'épouse de la concubine ; elle était la condition nécessaire du mariage légitime et on la constatait par un acte solennel. Le mari en jouissait pendant le mariage, mais il devait la restituer lors de sa dissolution.

La dot n'a donc pas pris naissance, comme on l'a quelquefois soutenu, dans la législation romaine. C'est Athènes qui fut son berceau et ce n'est qu'à l'époque où Rome s'appropriâ les mœurs de la Grèce vaincue qu'elle fût connue dans la ville de Romulus.

Dans Rome naissante, comme chez tous les peuples à l'état barbare, la femme ne jouissait d'aucune indépendance. Soumise à une tutelle perpétuelle, elle ne pouvait échapper au pouvoir despotique de son père que pour tomber sous la puissance non moins absolue de son mari. Le chef de la famille, le *pater familias*, était en effet investi d'une triple puissance : puissance sur ses enfants, *patria potestas* ; puissance sur ses esclaves, *dominica potestas* ; puissance sur sa femme, *manus*. Comme l'enfant, comme l'esclave, la femme est dans un état de sujétion complète. Tous les effets juridiques de la *manus* peuvent se résumer en ces mots : la femme n'est admise dans la famille qu'à titre de fille ; par rapport à son mari, elle est *loco filix*, elle est traitée comme la sœur de ses propres en-

fants. En conséquence elle est dépouillée de toute capacité civile et de toute propriété : le mari devient maître de tout ce qu'elle possède au jour du mariage et de tout ce qu'elle pourra acquérir par la suite (Gaius III, § 83) ; ni lui, ni ses héritiers n'ont rien à restituer ; il a même la liberté de disposer par testament des biens de sa femme comme de ses autres biens, et si elle survit, elle a droit dans les biens qu'elle a apportés seulement à la part d'un enfant qui succède à son père.

Toutefois, il faut bien se garder de croire que cette puissance souveraine du mari romain fut une conséquence nécessaire de tout mariage. Le plus souvent il est vrai, dans les temps anciens, la *manus* accompagnait les *justæ nuptiæ*, qui par elles-mêmes ne conféraient au mari aucun droit sur les biens de sa femme, mais elle devait pour coexister avec le mariage être acquise par l'accomplissement de certaines formalités qui consistaient soit dans une cérémonie religieuse, la *confarreatio* ; soit dans la mancipation ou vente solennelle de la femme au mari, la *coemptio*. Lorsqu'il n'y avait eu ni *confarreatio*, ni *coemptio*, la *manus* ne pouvait résulter que de l'*usus*, c'est-à-dire de la possession de la femme par l'homme prolongée sans interruption pendant une année. La femme qui voulait éviter de tomber sous la puissance maritale pouvait interrompre cette usucapion : elle n'avait qu'à s'absenter pendant trois nuits consécutives du domicile conjugal (Gaius I, § 111).

A côté de la *mater familias*, de la femme mariée soumise à la *manus*, on avait de tout temps reconnu la *ma-*

trona, l'épouse qui repoussant la *conventio in manum*, avait préféré contracter un mariage libre, conserver sa famille, ses dieux et ses biens et rester sous l'autorité absolue de son propre *pater familias*.

En ce cas, le mari n'acquerrait aucun pouvoir sur les biens de sa femme ; les époux restaient complètement étrangers l'un à l'autre, ils pouvaient contracter entre eux, ils avaient l'un contre l'autre une action pour se faire indemniser du dommage qu'ils s'étaient mutuellement causé.

Très rare à l'origine le mariage libre dût nécessairement prévaloir à mesure que la *manus* s'effaçait devant des mœurs nouvelles. Dans les dernières années de la République il était le plus fréquent et il finit par rester seul debout à la fin du troisième siècle de l'ère chrétienne. Mais comme d'une part les biens de la femme ne devenaient pas la propriété du mari et que d'autre part elle venait par sa présence augmenter les dépenses du ménage, il était tout naturel qu'elle y contribuât pour sa part et qu'elle apportât, à cet effet, à son mari une portion de ses biens. C'est donc la nature même des choses qui amena les Romains à emprunter aux Grecs l'institution de la dot. On a voulu voir dans ce fait un signe de décadence et de démoralisation ; nous y voyons au contraire un progrès. Grâce à la dot, la femme s'est élevée au rang de personne ; elle n'est plus la chose du mari ; elle est devenue en contribuant aux charges du ménage, son associée et sa compagne.

Aussitôt introduit à Rome, le régime dotal y fit de rapides progrès. La dot, il est vrai, ne devint obligatoire que

sous Auguste, cependant, même avant l'empire, elle accompagnait presque tous les mariages et distinguait les *justæ nuptiæ* du concubinat. La législation était alors très simple : la femme apportait à son mari une dot comprenant tout ou partie de ses biens. Le mari avait la propriété pleine et entière de cette dot, il était dans toute l'acception du mot, *dominus dotis*. Il pouvait en disposer selon son bon plaisir ; la femme n'avait aucun recours à exercer contre lui, et à la dissolution du mariage, quelle qu'en fût la cause, il n'avait aucune restitution à faire. « *Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.* » (L. I, Dig. *De jur. dot.* 23, 3).

Ce fut le divorce qui fit apporter des restrictions à ce droit absolu du mari. On connaît l'austérité des mœurs de l'ancienne Rome où la loi qui permettait le divorce ne fut pas, s'il faut en croire Valère-Maxime et Aulu-Gelle, une seule fois invoquée pendant cinq siècles. Ce serait seulement vers l'an 520 que Carvilius Ruga, le premier, aurait usé de ce droit. Son exemple trouva aussitôt de nombreux imitateurs. Le relâchement des mœurs ne fut pas la seule cause de cet abus, la cupidité y joua un grand rôle. En effet, comme le mari en répudiant sa femme gardait ses biens, il est facile de comprendre combien les divorces durent se multiplier rapidement. Pour remédier à la situation dans laquelle la femme se trouvait, on prit l'habitude de convenir qu'en cas de divorce, le mari ne garderait qu'une partie de la dot capable de suffire à l'entretien des

enfants, le surplus devait être restitué à la femme : cette convention reçut le nom de *cautio rei uxoriæ*. Puis, pour suppléer à cette stipulation quand elle n'avait pas été faite, le prêteur introduisit l'action *rei uxoriæ*.

La restitution de la dot, une fois admise pour le cas du divorce, il n'y avait qu'un pas à faire pour l'admettre également dans le cas de dissolution du mariage, par la mort de l'un des époux. Mais alors, des distinctions sont à faire. S'agit-il de la dot adventice, c'est-à-dire constituée par la femme elle-même ou par un tiers, l'obligation de restituer n'a lieu qu'au cas où le mariage se dissout par la mort du mari. S'il se dissout par la mort de la femme, le mari garde les biens constitués. S'agit-il au contraire de la dot profectice, c'est-à-dire constituée par le *pater familias* de la femme, la restitution en est imposée même au cas de prédécès de la femme pourvu que le père soit encore vivant. S'il était mort avant sa fille, le mari n'aurait rien à restituer.

Tel était le système de garanties offertes à la femme à l'avènement d'Auguste : le droit de propriété du mari avait déjà subi de graves restrictions. Mais restait encore un grand danger pour la femme. Le mari, en effet, *dominus dotis*, pouvait aliéner et hypothéquer les biens dotaux, il pouvait les dissiper, devenir insolvable et se trouver dans l'impossibilité de restituer ce qu'il devait. Le droit de la femme eût été alors purement illusoire. Auguste vit dans cet état de choses un dommage pour l'Etat et voulut y remédier.

Une réforme prompte et radicale devenait en effet nécessaire. Rome, parvenue à son plus haut degré de puissance et de gloire, commençait à donner des signes non équivoques de décadence et de dépérissement. La corruption et la dépravation des mœurs étaient inimaginables. L'adultère avait pris des proportions effrayantes ; le divorce s'était multiplié au point que, d'après Sénèque, les dames romaines comptaient les années non plus, par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris et que d'après Juvénal, il y en avait qui en cinq années se donnaient et se retiraient à huit maris successifs. Enfin la population épuisée par les fureurs des guerres civiles, décimée par les proscriptions de Scylla et d'Antoine, allait diminuant de jour en jour, car le mariage était tombé en discrédit, la jeunesse romaine préférant le célibat aux charges de la famille.

Auguste ne crut pas pouvoir trouver un meilleur remède à cette situation que d'encourager le mariage et la production des enfants. Les célibataires, les veufs sont frappés de déchéances. L'obligation de donner une dot est imposée au *pater familias*. Des peines sévères sont édictées contre l'adultère. La femme est protégée contre la dilapidation de son mari, la restitution de sa dot lui est assurée : l'action *rei uxoriæ* devient une action privilégiée *inter personales actiones* ; pour se faire restituer sa dot, la femme passe avant les créanciers chirographaires de son mari. Enfin le mari ne peut plus aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme. Telles sont les principales réformes ap-

portées par les lois *Julia* et *Papia Poppæa* et plus tard par la fameuse loi *Julia de adulteriis*, toutes inspirées par le même principe : *Interest reipublicæ mulierum dotes salvas esse propter quas nubere possint.*

Ce fut la loi *Julia de adulteriis* qui organisa véritablement le régime dotal, ce fut elle qui posa le principe de l'inaliénabilité, dont nous nous proposons d'étudier les conséquences (1). Mais elle s'occupait aussi de l'adultère de la femme et l'on s'est demandé comment il pouvait se faire que la même loi traitât des sujets aussi différents.

L'explication donnée par Hugo est généralement admise. D'après ce savant interprète, l'inaliénabilité du fonds dotal aurait eu pour but d'assurer, en cas d'adultère de la femme l'exercice de l'*accusatio adulterii*. En effet le mari qui poursuit l'adultère de sa femme, doit préalablement divorcer (2). Mais le divorce entraîne pour lui l'obligation de restituer la dot, or s'il l'a aliénée et s'il n'a pas conservé le prix provenant de l'aliénation, il se trouvera dans l'impossibilité de restituer et sa femme pourra impunément se rendre coupable d'adultère. La loi *Julia* en interdisant au mari l'aliénation du fonds dotal a remédié à cette situation : le mari étant obligé de garder la dot pourra toujours la restituer et ne sera plus dès lors arrêté par la crainte d'embarras pécuniaires quand il s'agira d'exercer l'*accusatio adulterii*.

(1) Les dispositions littérales de la loi *Julia* ne nous ont pas été conservées; mais la prohibition qu'elle contenait est consignée dans plusieurs textes importants (Gaius II, § 63. Paul II, 24 B. § 2).

(2) L. 11, § 10. *Dig. Ad legem Juliam de adulteriis.*

Mais l'opinion de M. Demangeat nous semble préférable (1). L'explication donnée par Hugo ne serait vraisemblable que si le fonds dotal était frappé d'inaliénabilité absolue, mais le mari peut l'aliéner avec le consentement de sa femme, et alors il suffirait à la femme de consentir à l'aliénation pour faire disparaître la garantie que la loi a créée pour le mari, ce qui n'est pas admissible. La juxtaposition dans la loi *Julia* de ces deux ordres d'idées, répression de l'adultère de la femme et conservation de la dot s'explique tout naturellement par le but même que cette loi a cherché à atteindre, c'est-à-dire encourager le mariage. En effet, nous avons dit combien l'adultère était devenu fréquent, Auguste alors le réprime sévèrement pour engager les hommes au mariage; nous avons également signalé le danger que couraient les femmes de perdre leur dot par suite de la mauvaise administration ou de la dissipation de leurs maris, Auguste leur en assure la restitution pour les engager à se marier. C'est donc bien la même idée qui a inspiré toutes les dispositions de la loi *Julia*.

Produisit-elle les résultats heureux qu'Auguste en attendait? C'est peu probable. Sans doute les mariages furent plus nombreux, les secondes noces devinrent plus fréquentes, mais l'union conjugale demeura ce qu'elle était auparavant; on ne se maria plus, il est vrai, pour s'approprier la fortune de sa femme, mais on se maria pour éviter les déchéances prononcées par les lois *Julia de ma-*

(1). *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 61.

ritandis ordinibus et *Papia Poppæa* contre les célibataires et les veufs sans enfants. En un mot on se maria, non pour avoir une postérité, mais pour avoir des héritages.

La prohibition d'aliéner édictée par la loi *Julia* n'est pas absolue. L'aliénation faite par le mari avec le consentement de sa femme est valable. Le fonds dotal n'est frappé d'inaliénabilité qu'à l'égard du mari agissant seul. Son droit de propriété se trouve donc avoir reçu une grave atteinte, aussi l'on s'est demandé s'il ne fallait pas conclure de la prohibition de la loi *Julia* que le mari désormais n'est plus seul et unique propriétaire des biens dotaux. Selon nous, après comme avant la loi *Julia*, le mari a la propriété exclusive de la dot. Sans doute il ne peut plus aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de sa femme, mais cela ne prouve pas que la femme en soit restée propriétaire ou copropriétaire. Si, pour aliéner, il faut être propriétaire, il est loin d'être vrai que tout propriétaire puisse aliéner. Le pupille, par exemple, qui ne peut pas aliéner un immeuble compris dans son patrimoine, n'en reste pas moins pour cela propriétaire. Il en est de même du mari : quoique propriétaire, il n'a pas la faculté d'aliéner, c'est ce qui est dit formellement par Gaius au § 2 du commentaire II.

D'autres textes établissent encore de la manière la plus nette le droit de propriété du mari sur les biens donnés en dot. « *Si res in dote dentur, puto in bonis mariti feri...* *Fiunt autem res mariti si constante matrimonio in dotem dentur* » dit la loi 7 § 3, *De jure dotium*. D'après la loi 7

De fundo dotali, une servitude ne peut pas exister au profit du fonds dotal sur un fonds appartenant au mari. Cette décision ne peut avoir d'autre fondement que la règle : *nemini res sua servit*. C'est au mari seul qu'est donné le droit de revendiquer les choses dotales contre les tiers possesseurs (L. 9, C. *De rei vindicatione*) or, il n'y a que le propriétaire qui puisse exercer l'action en revendication. Nous pourrions encore à l'appui de cette opinion citer d'autres lois non moins concluantes, nous nous contenterons de faire observer avec M. de Savigny (Droit romain II, p. 114) que la loi *Julia* elle-même démontre d'une manière irréfutable le droit de propriété du mari. En effet pourquoi la loi *Julia* aurait-elle interdit au mari l'aliénation du fonds dotal s'il n'en était pas propriétaire. Cette prohibition eut été bien inutile : c'est parce que le fonds dotal lui appartient en pleine propriété que cette disposition était nécessaire.

On a contesté vivement ce droit du mari : les uns ne lui laissent qu'une sorte d'usufruit ; les autres distinguent une propriété fictive qu'ils reconnaissent au mari de la propriété réelle qu'ils maintiennent à la femme ; d'autres enfin pensent qu'il faut considérer le mari et la femme comme copropriétaires des biens dotaux. Il y a en effet certains textes qui au premier abord semblent contredire cette idée de propriété du mari. Ainsi la loi 15 § 3 au Dig. *Qui satsisdare coguntur*, considère au point de vue de la possession du fonds dotal la femme comme étant *possessor* au même titre que le mari. Mais cette décision n'implique

nullement que la femme ait un droit de propriété. Elle a simplement pour but de dispenser la femme dotale, comme tout possesseur de choses immobilières, de fournir la caution *judicio sisti* ; c'est ainsi que celui qui possède un *ager vectigalis* est dispensé de *satisfidare* ; comme la femme il est réputé possesseur, *intelligitur possessor* ; pas plus qu'elle il n'est propriétaire.

On a objecté la loi 21 § 4. *Ad municipalem*, qui décide que l'on ne doit pas tenir compte de la dot pour évaluer la fortune du mari qui voulait parvenir aux fonctions municipales. Ce texte ne prouve en aucune façon que la dot appartienne à la femme. Il s'explique tout naturellement par cette considération que le droit de propriété du mari n'étant qu'un droit temporaire, il faut que le mari conserve la dot pour pouvoir la restituer à sa femme.

Les arguments tirés des lois 7, § 12 *Soluto matrimonio* et 81, § 1 *Ad legem Falcidiam* ne sont pas plus concluants. La première décide que si le mari trouve un trésor sur le fonds dotal, comme le trésor n'est pas un fruit, il en rendra, lors de la restitution de la dot, la moitié à la femme, *quasi in alieno inventi*, comme s'il l'avait trouvé sur le fonds d'autrui. Ce mot *quasi* prouve précisément le droit de propriété du mari sur le fonds dotal. Quant à la seconde, elle dispose que l'on ne doit pas imputer sur la quarte Falcidie le legs de la dot fait à la femme, *scilicet quia suam rem mulier recipere videtur*. A première vue, ce texte semble considérer la femme comme étant déjà, avant le legs, propriétaire des choses dotales ; or il signifie pré-

cisément le contraire, car ce legs est valable et il serait nul si la chose léguée appartenait déjà au légataire (Instit. II, 20 § 10). Les termes dont s'est servi Gaius s'expliquent par ce motif que la femme avait déjà sur l'objet du legs un droit de créance.

On s'est encore appuyé sur la loi 75 *De jure dotium* qui déclare que bien que la dot soit *in bonis mariti*, elle est cependant à la femme et celle-ci, au cas où son mari se trouverait évincé du fonds non estimé qu'elle avait apporté en dot et pour lequel elle avait fait avec son vendeur la stipulation du double, peut immédiatement agir *ex stipulatu*, quoique pendant le mariage la propriété appartienne au mari, *apud maritum dominium sit*. Ce texte affirme positivement le droit de propriété du mari, et s'il permet cependant à la femme d'exercer immédiatement l'action *ex stipulatu duplæ*, c'est que ayant intérêt à ce que le fonds reste dotal entre les mains de son mari pendant le mariage l'éviction lui cause un dommage qu'elle doit pouvoir faire cesser en faisant rentrer le fonds dans le patrimoine d'où il était sorti.

En résumé, c'est le mari qui est propriétaire et seul propriétaire de la dot ; mais son droit de propriété est restreint en ce sens qu'il n'a pas la libre disposition du fonds dotal, qu'il est soumis, à l'éventualité d'une restitution et qu'en ce cas il ne doit retenir rien de plus qu'un usufruitier. Quant à la femme durant le mariage, elle est simplement créancière de la restitution.

La dot ayant pour but de subvenir aux charges du ma-

riage, il en résulte que là où il n'y a point mariage il ne saurait non plus y avoir de dot : « *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur* » (Instit. I, 10 § 12).

Il semblerait donc que la prohibition de la loi *Julia* ne pût s'appliquer qu'au mari, car il n'y a un mari que là où se trouve un mariage. Il ne faut pas cependant oublier que la constitution de dot peut précéder le mariage ; pour que la constitution soit valable, il suffit que le mariage soit probable : *si nuptiæ secutæ fuerint*, telle est la condition tacite contenue dans toute promesse de dot, aussi l'obligation du constituant subsiste tant que l'un ou l'autre des futurs époux n'a pas déclaré renoncer à l'union projetée (L. 21. *De jure dot.*). Mais si la propriété des biens qui doivent composer la dot a été transférée avant le mariage au futur mari, celui-ci n'en aurait pas la libre disposition ; il serait en effet assez extraordinaire que les pouvoirs de celui qui n'est que fiancé fussent plus étendus que ceux qu'aurait le mari. Aussi les jurisconsultes appliquèrent-ils raisonnablement au fiancé la prohibition d'aliéner : « *Lex Julia plenius interpretanda est ut etiam de sponso idem juris sit quod de marito* » (L. 4, *De fundo dot.*).

La loi *Julia* équitablement interprétée fut encore étendue à d'autres personnes dont elle ne parlait pas. Ainsi dans le cas où le fonds dotal a été transmis avec l'universalité des biens du mari soit à un héritier, soit à un maître si le mari est réduit en servitude, soit au père de famille du mari si celui-ci est fils de famille, soit même au fisc, le

nouveau propriétaire voit son droit restreint par l'application de la loi *Julia* (L. 1, § 1 et 2 *De fundo dot*).

La règle de l'inaliénabilité s'applique aux biens qui sont constitués en dot et qu'on appelle dotaux par opposition aux biens paraphernaux dont la femme conserve la propriété. La constitution de dot à l'époque des jurisconsultes pouvait se faire de trois manières différentes : par *datio*, par *promissio*, par *dictio*. Par le premier mode, le mari devenait propriétaire de la dot ; par les deux autres il en devenait simplement créancier.

La *datio* suppose l'emploi des modes ordinaires de transférer la propriété, c'est-à-dire la mancipation pour les choses *mancipi*, la tradition pour les choses *nec Mancipi*, ou pour les unes comme pour les autres l'*in jure cessio*.

La *promissio* n'était autre chose qu'une stipulation. Il en était de même de la *dictio* ; seulement le constituant s'engageait à doter la future, sans que sa déclaration fût précédée d'une interrogation de la part du mari ; et de plus il n'y avait que la femme, son débiteur ou l'ascendant sous la puissance duquel elle est placée pour pouvoir recourir à ce mode de constitution.

En l'année 428, les empereurs Théodose et Valentinien ayant rendu obligatoire le simple pacte de constitution de dot (L. 6, C. *De dot. promis.*), la *dictio* tomba en désuétude, de sorte que à cette époque nous trouvons encore trois manières de constituer la dot : la *datio*, la *promissio* et le pacte.

Mais était-il nécessaire que la constitution de dot fût expresse ? La question ne peut soulever aucun doute lorsque le mode employé était la *dictio*, la *promissio*, la mancipation ou l'*in jure cessio*. Lorsqu'au contraire, on recourait à la tradition, nous pensons qu'il pouvait très bien se faire que la constitution fût tacite. Sans doute les choses dotales devront être données ou reçues *dotis causa*, mais la simple volonté de les donner ou de les recevoir à ce titre sera suffisante, elle n'aura pas besoin d'être manifestée d'une manière expresse. Plusieurs textes viennent à l'appui de cette opinion. Ainsi la loi 6, C. *De dot. prom.* dispense de l'emploi de paroles solennelles « *qualiacunque verba sufficere* ». Peu importe qu'il y ait ou non un écrit « *sive scripta fuerint sive non.* » La loi 15 au Code *De jure dotium*, permet à la femme ou à ses héritiers de prouver d'une manière quelconque que les biens dont la restitution est demandée avaient été reçus à titre de dot. Il n'est même pas nécessaire que dans la tradition le mot dot ait été prononcé « *quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adjectio, etiam in datione tantumdem ducimus* » (L. 23. Dig. *De jur. dot.*). Enfin les lois 30, 40 et 64 (eod.) nous montrent des cas où la constitution résulte de la volonté présumée des époux.

En conséquence, il serait inexact de considérer comme paraphernaux les biens qui n'auraient pas été expressément constitués en dot. Bien loin qu'en droit romain la paraphernalité soit le principe et la dotalité l'exception, c'est le contraire qui serait plus vrai : dans le doute en effet c'est

en faveur de la dotalité qu'il faut décider : « *In ambiguis pro dotibus respondere melius est* » (L. L. 70. *De jure dotium* et 85 *De regulis juris*) (1).

Non seulement la constitution de dot peut précéder le mariage, mais elle peut encore le suivre. « *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium.* » (Paul II. 21 B. § 1). La dot peut également être augmentée pendant le mariage ; mais elle ne put pas tout d'abord être diminuée ; on considérait qu'il y avait là une restitution partielle, or la restitution n'a pas lieu *constante matrimonio* ; ce n'est que sous Justinien que cette faculté de diminuer fut accordée (L. 19. C. *De donat. ante nupt.*) et elle fut conservée par Justinien (Nov. 22 cap. 31).

Aux termes de la loi 13 § 2 *De fundo dotali*, c'est le moment où le *dominium* passe de la tête du constituant sur celle du mari qui détermine l'époque à partir de laquelle le caractère de dotalité et par suite l'inaliénabilité s'applique au bien constitué en dot : « *Dotale prædium sic accipimus cum dominium marito quæsitum est ut tunc demum alienatio prohibeatur* » ; la raison de ce point de départ s'explique tout naturellement : en effet tant que le mari n'est pas propriétaire du fonds dotal, il n'y a pas besoin de la prohibition de la loi *Julia* pour lui défendre d'aliéner ce qui ne lui appartient pas. Si donc le mari devait à la femme le fonds d'autrui, et que celle-ci lui eut constitué en dot l'objet de sa dette, le fonds ne deviendrait dotal qu'au

(1) Ginoulhiac. Hist. du rég. dot. p. 68 et suiv.

moment où il serait entré dans le patrimoine du mari (L. 14 § 2 eod.). Et il en serait de même toutes les fois que pour un motif ou pour un autre la femme n'aurait pu transférer au mari le domaine des biens qu'elle se serait constitués.

Mais faut-il entendre le mot *dominium* dans un sens étroit et décider qu'il ne comprend que le *dominium ex jure quiritium*? Ne faut-il pas au contraire faire rentrer dans ce mot la propriété bonitaire? La loi 13, § 2, que nous venons de citer, en employant l'expression *cum dominium marito quæsitum est*, semble bien exclure le cas où le fonds aurait été mis par la femme seulement *in bonis mariti*. Malgré ce texte nous croyons que la loi *Julia* doit s'appliquer sans distinguer entre la propriété *ex jure quiritium* ou l'*in bonis*; il y a même raison d'appliquer le principe de l'inaliénabilité dans les deux cas. Cette solution est d'autant plus fondée que le mot *dominium* n'a point toujours eu uniquement le sens de domaine quiritaire et que dans certains textes il qualifie le droit sur la chose *in bonis*. Ainsi dans la loi 1, pr. *De fundo dotali*, Paul nous dit que celui qui a été envoyé en possession d'une chose au refus du propriétaire de fournir la caution *damni infecti* est propriétaire, *dominus*, et cependant cet envoi en possession le mettait simplement *in causa usucapiendi*. Dans d'autres passages nous voyons que le fonds devient dotal à partir du moment où il a été livré au mari : or, la tradition n'avait pas pour effet de transférer à l'*accipiens* le *dominium ex jure quiritium*, elle constituait simplement pour lui un juste titre pour arriver à l'usucapion et malgré

cela le fonds était dotal, par conséquent soumis à la prohibition de la loi *Julia* (L. 5. *Sol. matr.*). La même idée se retrouve encore dans la loi 14, pr. *De fundo dotali*, où Paul décide que si la fiancée de Titius fait sur son ordre tradition à Mœvius du fonds qu'elle se constitue en dot, ce fonds sera traité comme s'il eût été livré à Titius lui-même. Il n'était donc pas nécessaire pour qu'un fonds fût soumis à la loi *Julia* que le mari en fût devenu propriétaire par mancipation ou par *in jure cessio* ; il n'était même pas nécessaire que la tradition du fonds eût été faite au mari lui-même, elle pouvait sur son ordre être faite à un tiers et à partir de ce moment le fonds ne pouvait plus être aliéné sans le consentement de la femme.

Il pourra arriver que la dotalité du fonds soit incertaine pendant toute la durée du mariage ; en ce cas la validité de l'aliénation consentie par le mari sera également incertaine pendant le même laps de temps et restera subordonnée à la condition que le mari, à la dissolution du mariage, soit resté propriétaire irrévocable du bien aliéné. Ainsi le fonds constitué en dot a été estimé avec réserve d'option pour la femme, l'aliénation par le mari pourrait être attaquée parce que l'estimation n'a pas ôté à la femme le droit de réclamer l'immeuble lui-même au lieu du prix représentatif de sa valeur ; il en serait autrement dans le cas où le choix appartiendrait au mari (L. 1, C. *De fundo dot.* — L. 11, Dig., *eod. tit.*).

Si la dette du mari que la femme s'est constituée en dot était une dette alternative, par exemple un immeuble ou

une somme d'argent, l'aliénation que le mari ferait de l'immeuble serait valable puisqu'il est libre d'acquitter sa dette en payant la somme convenue, l'immeuble ne serait dotal que si le mari se déterminait à le donner en paiement lorsque sa femme agira par l'action *rei uxoriæ*. Il en serait de même si la dette comprenait un immeuble ou un esclave, toutefois si l'esclave venait à mourir pendant le mariage, comme à partir de ce moment l'obligation du mari ne porte plus que sur l'immeuble, celui-ci serait immédiatement frappé de dotalité et l'aliénation qui en aurait été faite serait nulle. Enfin nous ferons encore remarquer que le paiement déterminant l'objet de l'obligation alternative, si cette obligation comprend le fonds Cornélien ou le fonds Sempronien, il dépendra du mari de soumettre à la dotalité celui des fonds qu'il lui conviendra. Il pourra donc aliéner l'un et conserver l'autre ; bien plus il pourra aliéner celui qu'il avait d'abord choisi pour être dotal, à la condition du rachat préalable de l'autre, Paul s'est même demandé si le mari avait la faculté d'aliéner le second fonds avant d'avoir racheté le premier par cela seul qu'il dépend de lui de le racheter, ou bien si on doit lui refuser ce pouvoir, attendu qu'aucun des deux fonds ne ferait plus partie de la dot. D'après ce jurisconsulte la seconde aliénation serait tout au moins valable dès que le premier fonds aurait été racheté par le mari (L. 10, *De fundo dot.*).

Le principe d'inaliénabilité survivait à la dissolution du mariage, tant que le mari n'avait pas retransféré la propriété de la dot à la femme : « *Etiam dirempto matrimo-*

nio dotale prædium esse intelligitur » (L. 12, pr. *De fundo dot*). Si le mariage avait pris fin par la mort de la femme, ses héritiers jouissaient du même privilège.

La loi *Julia* qui ne s'applique qu'aux biens constitués en dot s'applique-t-elle indistinctement à tous les biens dotaux ? En d'autres termes quels sont les biens compris dans l'expression fonds dotal ? Renferme-t-elle à la fois les meubles et les immeubles ? Tous les textes relatifs à la limitation que la loi *Julia* avait apportée au pouvoir du mari se réfèrent non pas aux choses dotales en général, mais uniquement aux immeubles dotaux. C'est ainsi que Gaius (II, 63) parle du *prædium dotale* ; que le titre du Digeste et celui du Code relatifs à notre sujet portent l'un et l'autre pour rubrique : *De fundo dotali*.

Il n'y a donc que les immeubles qui soient inaliénables. Le droit du mari sur les meubles dotaux est absolu, il peut en disposer à son gré ; et si l'on veut un texte formel à l'appui de cette opinion, on n'a qu'à se reporter à la loi 21 *De manumissionibus*. Les esclaves à Rome étaient rangés parmi les meubles corporels ; or, le mari pouvait affranchir les esclaves dotaux : « *servum dotalem vir qui solvendo est, constante matrimonio, manumittere potest.* » Si le mari a le droit d'affranchir c'est donc qu'il a la libre disposition de l'esclave. Le texte, il est vrai, exige que le mari soit solvable ; s'il est insolvable, l'affranchissement sera annulé, mais ce ne sera pas à cause de la dotalité de l'esclave, il en serait de même s'il s'agissait de l'esclave

du mari, il n'y a là qu'une application du droit commun. En effet, aux termes de la loi *Ælia Sentia*, le débiteur n'a pas le droit d'affranchir son esclave en fraude de ses créanciers ; or, ici la femme est créancière par rapport à son mari. Cette assimilation du *servus dotalis* au *servus marito proprius* est de plus expressément reconnue par une constitution de l'empereur Gordien (L. 7, C. *De servo pign. dat. man.*), et l'empereur Alexandre (L. 3, C. *De jure dot.*) permet au mari d'affranchir l'esclave dotal, même après la dissolution du mariage, jusqu'à ce qu'il ait restitué la dot ; ce n'est en effet qu'à partir de ce moment que cesse son droit de propriété. Si donc le droit du mari sur l'esclave dotal qui était considéré comme un meuble des plus précieux et des plus utiles, ne recevait aucune limitation, il est tout naturel d'en conclure qu'il en était de même pour tous les autres meubles.

Quant aux meubles incorporels, aux droits de créance constitués en dot, le mari pouvait également en disposer sans le consentement de la femme : il pouvait faire novation des créances dotales (L. 35, *De jure dotium*), décharger les débiteurs dotaux par acceptilation (L. 36, eod.) et même leur faire remise de la dette (L. 66 § 6, *Sol. matr.*). Toutefois, malgré les expressions générales des textes, ce droit de disposition du mari devait être restreint aux créances purement mobilières ; car pour les créances immobilières, il semble bien que si le mari en disposait sans le consentement de sa femme il faisait un acte prohibé par la loi *Julia*.

Le mari qui a la libre disposition des meubles dotaux peut employer les deniers constitués en dot, à acquérir un immeuble. L'inaliénabilité va-t-elle alors s'y appliquer ? L'affirmative n'est pas douteuse lorsque c'est avec le consentement de sa femme que le mari a fait l'acquisition : « *fundus efficitur dotalis* » dit Ulpien (LL. 26, 27, 32. *De jure dot.*). Mais qu'advenait-il au cas où le mari avait agi de sa seule volonté ? L'immeuble en ce cas était aliénable ; jamais en effet, il n'a été compris dans la dot ; l'argent que le mari a employé à cette acquisition lui appartenait ; il pouvait en faire tel usage qu'il jugeait convenable ; rien ne l'empêchait de le dissiper, il a préféré acquérir un immeuble : il n'a fait qu'user de son droit de disposition ; acquis de ses deniers l'immeuble lui appartient (L. 12, C. *De jure dot.*). La difficulté provient d'un texte de Gaïus (L. 54. *De jure dot.*) qui décide que les choses acquises des deniers dotaux paraissent dotales : *dotalessse videntur*. Les compilateurs du Digeste, en empruntant ce fragment à Gaïus ont sans doute voulu dire que la femme a sur les choses achetées avec l'argent dotal les privilèges qui lui assurent la restitution des biens dotaux proprement dits ; il faut en effet remarquer que la promulgation du Digeste n'eut lieu qu'à la fin de l'année 533, c'est-à-dire plus de deux ans après les réformes de Justinien en matière de dot. Mais s'il en fut ainsi dans le dernier état du droit (L. 12, C. *Qui pot. in pign.*), au temps de Gaïus, il ne pouvait pas être question pour la femme d'exercer l'action en revendication ou l'action hypothécaire :

elle n'avait pour se faire restituer sa dot qu'une action personnelle. Selon M. Pellat (1) le fragment de Gaius visait l'hypothèse suivante : le mari débiteur de l'État hypothèque le fonds acheté avec les deniers dotaux ; l'État non payé vend ce fonds à des spéculateurs appelés *prædiores*, la femme aurait contre le *prædior* une revendication utile ou une hypothèque privilégiée, bien que le fonds ne fût pas vraiment dotal. M. Pellat fonde cette conjecture sur ce que l'*inscriptio* du fragment était conçue en ces termes : *De prædioribus*. Un autre cas dans lequel la femme avait également une situation privilégiée est prévu par la loi 22, § 13 *Soluta matrimonio*. Il y est question d'une femme qui par erreur a épousé un esclave, son mariage est nul, mais pour se faire restituer sa dot elle peut agir par la *condictio sine causa*, et on lui permet de se faire payer avant le maître sur les biens qu'elle avait constitués en dot et sur ceux qui ont été acquis avec la dot « *quasi et hæ dotalæ sint.* »

A part ces deux hypothèses, on peut affirmer que dans le droit classique, ce qui est acquis par le mari seul des deniers dotaux n'est pas dotal.

Les esclaves que la femme a apportés en dot devenaient la propriété du mari, mais que faut-il décider relativement aux biens acquis à leur occasion. L'esclave étant *alieni juris* ne pouvait rien acquérir pour lui-même ; si la propriété d'une chose lui est transférée, cette propriété passe

(1) Textes sur la Dot, p. 248.

immédiatement dans le patrimoine de son maître. L'immeuble ainsi acquis va-t-il donc être aliénable comme l'esclave par l'intermédiaire duquel a eu lieu l'acquisition ? Les jurisconsultes romains déclarent que cet immeuble sera soumis à la loi *Julia* : « *Fundus dotali servo legatus ad legem Juliam pertinet quasi dotalis* » (L. 3. *De fundo dot.*). Ainsi la prohibition de la loi *Julia* s'applique à tout immeuble acquis *per servum dotalem* soit par legs, comme dans l'hypothèse de la loi que nous venons de citer, soit par donation entre-vifs, soit à titre d'héritier. Cette solution doit être étendue aux acquisitions faites avant le mariage par l'esclave constitué en dot au fiancé (L. 4, *De fundo dot.*), et à celles faites par l'esclave dotal depuis la dissolution du mariage mais avant la restitution de la dot (L. 31, § 4 *Solut. matr.*). En effet de tout ce qui a pu advenir au mari à l'occasion de la dot, il ne doit conserver que ce qui lui a été acquis *ex re sua* ou *contemplatione sui*.

Si la femme a apporté en dot à son mari la part indivise qui lui appartenait dans un immeuble, la portion de l'immeuble attribuée au mari était dotale et régie par la loi *Julia*. Mais si le partage en nature n'a pas été possible, il faut distinguer plusieurs hypothèses (L. 78, § 4. *De jure dot.*).

Si c'est un étranger ou le copropriétaire du mari qui s'est porté adjudicataire, la part qu'avait primitivement la femme n'étant plus aux mains du mari, échappe à la prohibition de la loi *Julia*. Ce qui est dotal maintenant, c'est

le prix d'adjudication jusqu'à concurrence de la valeur de la part indivise de la femme.

Si c'est le mari qui se porte adjudicataire, l'immeuble tout entier ne devient pas dotal : la loi *Julia* ne s'appliquera qu'à la portion qui avait été constituée en dot, elle seule sera inaliénable. Mais le législateur romain oubliant la protection de la femme accorde au mari, à la dissolution du mariage le droit d'obliger sa femme à prendre l'immeuble tout entier et à lui rembourser la somme qu'il a dû payer au copropriétaire. Notre Code Civil a pris le contre-pied de cette disposition (art. 1408) : c'est à la femme qu'il donne le choix en pareille circonstance.

La loi *Julia* ne distinguait pas entre les fonds ruraux et les fonds urbains (L. 13 *De fundo dot.*), mais s'appliquait-elle indistinctement aux fonds italiques et aux fonds provinciaux ? La découverte des Institutes de Gaius a prouvé que la loi *Julia* ne s'occupait nullement de cette distinction, car au § 63 du Com. II, Gaius nous dit que la question de savoir si l'inaliénabilité s'appliquait aux fonds provinciaux comme aux fonds italiques était controversée « *quod quidem jus utrum ad italica tantum prædia an etiam ad provincialia pertinet dubitatur.* » Ce furent les jurisconsultes qui admirent que la loi *Julia* n'était pas applicable aux fonds provinciaux, sans doute parce qu'ils ont considéré que ces fonds n'étant pas susceptibles d'un véritable *dominium* ne pouvaient faire l'objet d'une transmission de propriété d'un particulier à un autre.

Il pouvait se faire que les immeubles eussent été appor-

tès en dot avec estimation : tombaient-ils en ce cas sous la prohibition de la loi *Julia*? Le principe : *æstimatio facit venditionem*, l'estimation vaut vente répond à cette question. Dans le cas où un objet mobilier ou immobilier est apporté en dot avec estimation, le mari est réputé avoir acheté cet objet pour le montant de l'estimation et acquiert à son égard une propriété définitive ; la loi *Julia* ne s'y applique donc pas : en ce cas en effet ce n'est pas l'immeuble qui est dotal, mais la créance résultant de l'estimation. A la dissolution du mariage, le mari ne sera donc pas obligé de rendre l'immeuble, l'estimation l'en avait rendu propriétaire, il a pu en disposer sans nuire au droit de la femme, ce qu'il doit restituer, c'est le montant de l'estimation (L. 10 §§ 4 et 5 *De jure dot.* — L. 6, C. *De usufructu*).

Le mari devenant propriétaire de l'immeuble estimé est désormais responsable de sa perte même accidentelle : en un mot les risques sont à sa charge « *in rebus æstimatis dominium et periculum mariti est.* » (L. 1 § 15, C. *De rei uxor. act.*). Mais si l'estimation avait lieu avant le mariage, la vente était subordonnée à la réalisation de la condition inhérente à toute constitution de dot, c'est-à-dire la célébration du mariage ; jusqu'à ce moment les risques restaient à la charge de la femme qui, si le fonds venait à périr par cas fortuit, perdait sa créance et ne pouvait lors de la dissolution du mariage se faire restituer le montant de l'estimation.

Du principe que l'estimation vaut vente, il résulte encore que si le mari n'est pas devenu immédiatement propriétaire

du fonds constitué en dot, l'usucapion qui courra à son profit à dater du mariage sera l'usucapion *pro emptore* et non l'usucapion *pro dote* (Frag. Vat. § 111) et que dans le cas où il viendrait à subir une éviction, il pourra, comme tout acheteur, agir en garantie soit par l'action *ex empto* soit par l'action *ex stipulatu duplæ* (L. 16, *De jure dot.* Frag. Vat., § 105).

Au cas où la femme prouverait que la constitution de dot avec estimation n'était autre qu'une donation faite à son mari, comme les donations entre époux sont prohibées le fonds estimé n'aurait jamais cessé d'être dotal et en conséquence la loi *Julia* recevrait son application.

L'estimation au lieu d'être faite purement et simplement pouvait être accompagnée d'une clause qui imposait au mari, malgré l'estimation, l'obligation de restituer l'immeuble en nature à la dissolution du mariage. Une telle convention rendait l'immeuble inaliénable entre les mains du mari : l'estimation qui en avait eu lieu avait été faite *taxationis causa*, c'est-à-dire que si le fonds venait à périr en tout ou en partie par la faute du mari, il devait restituer à la femme le montant de l'estimation ou la partie de cette estimation correspondant à la portion qu'il ne pouvait rendre en nature ; mais les cas fortuits demeuraient à la charge de la femme. L'estimation *taxationis causa* ne vaut donc pas vente, la loi *Julia* reçoit son application : le mari ne peut pas aliéner sans le consentement de la femme (1).

(1) L. L. 69 § 7. *De jure dotium*. — 32 pr. *De pactis dotalibus*. — 5 C. *De jure dotium*.

En résumé pour que la loi Julia soit applicable, le concours de trois conditions est nécessaire : il faut qu'il s'agisse d'un immeuble, que cet immeuble soit situé en Italie et qu'il ait été constitué en dot sans estimation.

CHAPITRE II

ÉTENDUE DE LA PROHIBITION DE LA LOI JULIA.

La loi *Julia* avait défendu au mari d'aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de sa femme. Quelle était donc l'étendue de cette prohibition ? Quels actes constituaient une aliénation ? Les empereurs Sévère et Antonin dans une constitution qui forme la loi 1 au Code *De fundo dotali* ont défini en ces termes ce qu'il fallait entendre par aliéner : « *Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur.* » Le mot aliénation renferme donc tout acte dont l'objet serait de faire passer à un tiers sans le consentement de la femme la propriété du fonds dotal. Peu importe que cet acte soit à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort, du moment où il fait sortir l'immeuble dotal du patrimoine du mari sans le consentement de la femme, il tombe sous le coup de la prohibition de la loi *Julia*. Lorsque la femme consent à l'aliénation, la loi *Julia* ne s'applique évidemment plus. Mais remarquons que ce consentement n'est assujéti à aucune

condition de solennité. Il peut être exprès ou tacite, il peut même n'intervenir qu'après coup sous forme de ratification expresse ou tacite. C'est ainsi qu'il y aurait ratification tacite au cas où le mari ayant légué le fonds dotal, la femme a manifesté la volonté de tenir cette aliénation pour bonne soit en acceptant un legs, soit en faisant addition d'hérédité pourvu qu'elle ait au moins la valeur du fonds (L. 13, § 4. *De fundo dot.*). De même si le mari après avoir aliéné seul le fonds dotal, fait dans son testament un legs à sa femme et charge l'acquéreur du fonds de lui en remettre le prix à titre de fideicommiss ; ce fideicommiss ne serait pas valable, car il est mis à la charge d'une personne qui n'est point débitrice du défunt et qui d'ailleurs n'a rien reçu de lui par testament, mais si la femme accepte la libéralité qui lui est offerte et que l'acquéreur du fonds dotal consente à lui en payer le prix, elle ne pourra plus demander la nullité de l'aliénation consentie par son mari (L. 77, § 5, D. XXI. *De legatis*).

Il faut encore noter que c'est le consentement de la femme elle-même qui est exigé pour valider l'aliénation du fonds dotal, et cela alors même qu'elle serait *filia familias* ; le consentement de son *paterfamilias* ne pourrait pas suppléer le sien, car c'est uniquement dans son intérêt qu'a été édictée la loi *Julia* et c'est elle seule qui peut renoncer à s'en prévaloir (L. 12 § 1. *De fundo dotali*).

Pas plus que le mari, la femme seule ne peut aliéner le fonds dotal ; elle a cessé en effet d'en être propriétaire : la propriété a passé sur la tête du mari qui pourra agir en

revendication contre l'acquéreur, car il n'a pu être dépouillé malgré lui de sa propriété (L. 23, C. *De jure dotium*).

Ce n'était pas seulement l'aliénation de la pleine propriété qui était nulle sans le consentement de la femme, il en était de même de tout acte venant restreindre la pleine propriété. Ainsi le mari ne pouvait concéder un droit de superficie sur le fonds dotal (L. 32 *De jure dot.*) et on doit donner la même solution pour l'emphytéose, véritable droit réel diminuant la propriété.

Il ne pouvait ni établir des servitudes sur le fonds dotal, ni éteindre ou laisser éteindre celles qui existaient au profit de ce fonds. C'est ce qui résulte d'une manière formelle d'un texte d'Ulpien (L. 5 *De fundo dot.*): « *Julianus lib. 16 Digestorum scripsit neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere, neque alias ei imponere.* »

En ce qui concerne l'établissement de servitudes sur le fonds dotal, il n'y avait pas lieu de distinguer s'il s'agissait d'un droit réel reconnu par le *jus civile* ou d'un droit réel admis par le droit prétorien. Ainsi le mari ne peut concéder à un voisin par mancipation ou *in jure cessio* un droit de passage ou d'aqueduc, ni par *in jure cessio* une servitude *non ædificandi* ou *oneris ferendi*, de même il ne peut grever le fonds dotal d'un droit d'usufruit ou d'usage. S'il avait autorisé le voisin par exemple à passer sur le fonds dotal jusqu'à l'époque de la dissolution du mariage, la *quasi possession* admise en ce cas par le préteur ne pourrait être invoquée par le propriétaire du fonds qui se pré-

tendait dominant, car le droit prétorien ne pouvait abroger ni modifier les lois civiles qui, comme la loi *Julia*, étaient d'ordre public.

Le mari qui ne peut pas concéder une servitude sur un fonds dotal ne peut pas davantage renoncer à une servitude existant au profit de ce fonds. Il n'y a pas lieu de distinguer si la servitude existait déjà lorsque le fonds a été apporté en dot au mari, ou au contraire si la servitude a été acquise par le mari, même de ses propres deniers, depuis qu'il est devenu propriétaire du fonds. Car, bien qu'en général la chose acquise à l'occasion du fonds dotal *ex re mariti* ne soit pas dotale, la servitude étant une qualité du fonds ne peut pas se concevoir comme existant séparément. Mais il est évident que lors de la restitution de la dot, le mari aura droit à une indemnité pour ses frais d'acquisition.

Ce n'est pas seulement la faculté d'éteindre la servitude qui est refusée au mari, il ne peut pas non plus la laisser s'éteindre par exemple *non utendo*, par le non-usage prolongé pendant deux ans. C'est le cas d'appliquer la décision du jurisconsulte Paul (L. 28, pr. *De verb. sign.*) : « *Alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare videtur qui non utendo amisit servitutes.* »

Les servitudes urbaines ne peuvent pas s'éteindre par le non-usage ; il faut de la part du propriétaire du fonds servant un acte contraire à la servitude, c'est ce que l'on appelle *usucapio libertatis*. La femme dotale sera tout aussi

bien à l'abri de cette usucapion que de la perte par non-usage (1). Toutefois si l'*usucapio libertatis* était légalement commencée lors de la constitution de dot, elle pourrait s'accomplir malgré la dotalité survenue. Il y a là une sorte de droit acquis comme dans le cas de l'usucapion du fonds lui même (L. 16, *De fundo dot.*).

Ces principes ne sont pas contredits par la loi 7, *De fundo dotali* selon laquelle les servitudes dotales s'éteignent par confusion, c'est-à-dire lorsque le fonds dominant et le fonds servant se trouvent réunis dans les mains du mari. L'extinction en ce cas s'opère par l'effet de la loi. Si donc le fonds dotal était servant par rapport au fonds appartenant au mari, la servitude serait éteinte et lors de la restitution de la dot, elle ne revivrait pas de plein droit (L. 30 pr. *De servit. præd. urb.*).

L'extinction aurait lieu de même si le fonds dotal était dominant par rapport au fonds appartenant au mari; mais lors de la dissolution du mariage si la dot doit être restituée les choses devront être remises dans leur état primitif. Le mari peut pendant le mariage acquérir un fonds qui est servant par rapport à l'immeuble dotal, si la vente est résolue, il devra faire rétablir la servitude que la confusion

(1) Ulpien en donne pour raison que la valeur du fonds serait diminuée « *ne per hoc deterior conditio prædii fiat* » (L. 6, *De fundo dot.*) et de ce principe il faut conclure que tout acte du mari qui tendrait à rendre plus mauvaise la condition du fonds dotal serait nul. Par suite le mari ne pourra tirer du fonds aucun produit qui ne soit pas considéré comme fruit, ni couper des arbres de haute futaie, ni ouvrir des carrières, ni s'approprier un trésor en entier.

avait éteinte. S'il ne le fait pas, il devra indemniser sa femme, mais s'il est insolvable, la femme aura une action utile contre le propriétaire du fonds. Dans le cas où le mari voudrait aliéner le fonds servant, il devrait retenir la servitude au profit du fonds dotal, il en est en effet responsable vis-à-vis de sa femme et peu importe qu'il en eût la propriété antérieurement à la constitution de dot ou qu'il l'eût acquis seulement pendant le mariage ; s'il ne l'a pas fait, il devra indemniser sa femme de la diminution de valeur qui en résultera pour le fonds ; mais si l'acquéreur ne s'est pas personnellement obligé à rétablir la servitude, la femme ne pourra pas agir contre lui en cas d'insolvabilité de son mari, car cet acquéreur ne saurait être contraint de faire une chose à laquelle son acte d'acquisition ne l'oblige pas.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'extinction des servitudes prédiales ; doit-on donner la même solution en ce qui concerne les servitudes personnelles ? Supposons d'abord que la femme s'est constitué en dot l'usufruit qui lui appartient sur un fonds dont son mari est propriétaire. Par suite de la confusion qui s'est opérée, le mari est redevenu plein propriétaire de son fonds, mais s'il meurt, l'usufruit devra être rétabli au profit de la femme. Si le mariage était dissous par le prédécès de la femme, le mari n'aura aucun avantage à ne pas être tenu de l'action *rei uxoriæ*, car s'il n'avait pas été marié, la mort de l'usufruitière aurait fait redevenir complet son droit de propriété (L. 78 pr. *De jure dot.*). Au cas où ce serait le père de la femme qui lui

aurait constitué en dot l'usufruit qu'il avait sur un immeuble de son gendre, il pourrait, si sa fille meurt la première, faire reconstituer l'usufruit à son profit, car il a droit à la restitution de la dot (L. 78, § 1, eod.).

La femme peut s'être constitué en dot l'usufruit d'un fonds dont elle était propriétaire, puis plus tard elle vend ce fonds à son mari. Si le prix représente la valeur de la pleine propriété, le mari à la dissolution du mariage ne sera obligé vis-à-vis de sa femme à aucune restitution. Mais si le prix représente seulement la valeur de la nue-propriété, la femme pourra réclamer la valeur de l'usufruit pourvu que le mari soit encore vivant à l'époque de la *litis contestatio*. S'il était mort, la femme ne pourrait pas agir contre les héritiers, car les choses doivent se passer comme si la femme avait vendu à un étranger (L. 78, § 3, eod.). Or, en ce cas, elle ne pourrait rien obtenir des héritiers du mari puisque par la mort de celui-ci l'usufruit se serait forcément réuni à la nue-propriété.

Mais à la différence des servitudes prédiales, les servitudes personnelles peuvent s'éteindre par le non-usage. Tryphoninus le déclare très nettement « *quo l si mulier in fundo suo marito usufructum dotis causa constituerit, tunc ex mariti persona erit usufructus proprie qui et non utendo ipsius pereat* (L. 78, § 2, eod). » Si la femme s'est constitué en dot un usufruit sur son propre fonds, le mari ne pourra pas y renoncer par *in jure cessio*, car la donation entre époux n'est pas permise ; mais il peut la laisser périr par non-usage ; la femme va se trouver alors

sans dot, puisque l'usufruit s'est réuni à la nue-propriété. Toutefois comme elle a profité de l'extinction, elle ne pourra lors de la dissolution du mariage, rien réclamer de son mari. Au cas où la femme aurait disposé de la nue-propriété de son immeuble, l'extinction de l'usufruit par non usage lui causera un préjudice et elle pourra se faire indemniser par son mari, car elle ne doit pas souffrir des suites de sa négligence.

Si la femme s'est constitué en dot l'usufruit qui lui appartenait sur le fonds d'un tiers, elle n'en reste pas moins usufruitière, mais c'est le mari qui a la jouissance. En ce cas il peut faire *cessio in jure* de cet usufruit ou le laisser périr par le non-usage sous sa responsabilité : la femme pourra agir contre lui pour se faire indemniser.

Enfin l'usufruit peut avoir été constitué par un tiers sur un fonds dont ce tiers a la propriété. En ce cas c'est le mari qui est usufruitier, non-seulement il peut perdre son droit par le non-usage, mais il peut encore le céder par *in jure cessio*. L'usufruit s'éteindrait par la mort du mari et la femme ne pourrait rien réclamer ; mais si le mariage se dissout par le divorce, la femme pourra demander à jouir de l'usufruit jusqu'au jour du décès de son mari.

Quelle raison peut-on donner de cette différence entre les servitudes prédiales et les servitudes personnelles ? C'est que la loi *Julia* ne s'occupait que du *prædium dotale*, or, l'usufruit, droit personnel, ne pouvait être compris dans cette expression. Il ne semblait pas d'ailleurs que les servitudes personnelles eussent au point de vue de la dot la

même valeur que les servitudes prédiales, et il a paru peu dangereux de laisser l'usufruit à la disposition du mari, responsable d'ailleurs du préjudice qu'il peut causer à sa femme en le perdant.

Le fonds dotal étant inaliénable n'était pas susceptible d'être usucapé (L. 28, pr. De verb. sig.). Autrement le mari aurait entre les mains un moyen facile d'arriver à une aliénation de ce fonds, il n'aurait en effet qu'à laisser passer sans protestation le temps nécessaire à l'usucapion : une simple abstention de sa part suffirait pour éluder la prohibition de la loi *Julia*. Il est vrai que Tryphoninus (L. 16, *De fundo dot.*) ne parle que de la *longi temporis possessio*. Mais ce jurisconsulte ne s'occupait que de l'usucapion : le texte a été remanié par les compilateurs du Digeste. En effet, la possession de longtemps ne s'appliquait pas aux fonds italiques, susceptibles seulement d'être usucapés, et nous avons vu que la loi *Julia* ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux. Au surplus, ce remaniement de texte est d'autant plus évident que sous Justinien le délai de la prescription des immeubles étant le même que celui de l'ancienne *longi temporis præscriptio*, on avait fini par lui donner ce nom de préférence, en réservant à la prescription des meubles celui d'usucapion.

On peut donc poser en principe que le possesseur du fonds dotal, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, qu'il ait reçu le fonds des mains du mari ou d'un tiers ne peut usucaper tant que dure l'inaliénabilité, c'est-à-dire depuis la constitution jusqu'à la restitution de la dot.

Nous avons vu que le mari ne pouvait pas diminuer la dot pendant le mariage ; mais d'un autre côté la femme ne doit pas s'enrichir à son détriment. Ainsi la dot se trouvera être diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires que le mari aurait faites, lorsqu'elle comprend des valeurs mobilières ou des fonds estimés. Si la dot se compose de fonds non estimés, la diminution n'aurait pas lieu *ipso jure*, mais le mari aurait le droit de rétention jusqu'au moment où la femme l'aurait remboursé, sans toutefois que le fonds retenu cessât pour cela d'être dotal. Il n'en serait ainsi qu'au cas où les dépenses nécessaires seraient égales à la valeur du fonds et n'auraient pas été remboursées par la femme dans le délai d'une année. Si elle s'est acquittée dans le délai voulu, le fonds, qui a cessé d'être frappé de dotalité, recouvrera-t-il ce caractère même dans le passé ou seulement à dater du remboursement ? D'après la loi 56 § 3 *De jure dotium* le fonds redeviendra dotal, mais le mari dans l'intervalle n'aura pas eu le droit de l'aliéner. Il est assez probable que cette solution n'a été admise que par les compilateurs du Digeste, car la question était controversée et Ulpien se prononçait dans le sens le plus favorable aux tiers : d'après lui ce n'était qu'à partir du remboursement que le fonds redevenait dotal, le mari dans l'intervalle avait pu valablement en disposer : « *Utrum dos crescat an vero dicimus ex integro videri dotem ? Et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse* » (L. 5, § 1 *De impensis in res dot.*).

Quant aux dépenses utiles faites du consentement de la

femme le mari pourra également en retenir le montant. Mais si elle n'a pas été consultée, il eut été injuste de la forcer à aliéner une partie de sa fortune pour les rembourser, le mari ne pourra en ce cas se faire payer qu'au moyen de retenues sur l'action *rei uxoriæ*. Justinien permit au mari d'agir par l'action *mandati* dans le cas où la femme aurait approuvé les dépenses faites au sujet de sa dot (L. 8, *De imp. in res dot.* — L. un. § 5 C. *De rei uxoriæ act.*).

Quant aux dépenses voluptuaires, le mari ne pouvait jamais en demander le remboursement : il n'avait droit qu'à la plus-value qu'elles avaient donnée au fonds dotal (*ead.*).

La destination de la dot étant de subvenir aux charges du ménage et de permettre à la femme de contracter un second mariage au cas où le premier viendrait à se dissoudre, il en résulte que la restitution de la dot ne peut avoir lieu *constante matrimonio*. Il a été soutenu que cette interdiction de restituer la dot pendant le mariage résultait de la prohibition des donations entre époux ; mais ce ne serait pas là une raison suffisante, car les conjoints pouvaient se faire des donations de fruits (L. 17, *De donat. int. vir. et uxor.*). Or si le mari avait restitué la dot avant la dissolution du mariage, la femme ne faisait pas siens les fruits excédant les dépenses du ménage (L. un. C. *Si dos const. matr.* — L. 20, C. *De jure dot.*). La prohibition de la restitution anticipée est donc plus sévère que l'interdiction des donations entre époux ; et cela se com-

prend facilement, car s'il en eut été autrement la loi *Julia* aurait manqué son but.

Cependant, par exception, le mari devait restituer la dot lorsque son insolvabilité la mettait en péril, le mariage n'en subsistait pas moins pour cela : il y avait là une simple séparation de biens (L. 24, pr. *Sol. matr.*). Dans d'autres cas, sans que le mari en fût tenu, la dot pouvait être valablement restituée à la femme avant la dissolution du mariage : 1° pour le paiement de ses dettes ; 2° pour l'achat d'un fonds avantageux ; 3° pour procurer des aliments à son père exilé ou relégué dans une île, pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de ses proches parents (enfants issus d'un précédent mariage, père, frère, sœur), pour les tirer des mains de l'ennemi en payant leur rançon (L. L. 73, § 1, *De jure dot.* — 20, *Sol. matr.*). Dans ces différentes hypothèses le mari, aussitôt la restitution faite, est déchargé de toute responsabilité ; mais si la femme ne fait pas de sa dot l'usage convenu, il pourra se la faire restituer par la *condictio causa data, causa non secuta*.

Mais remarquons que le mari ne pourrait pas faire une restitution anticipée de la dot réceptice, car elle n'a jamais dû appartenir en propre à la femme, c'est au constituant qu'elle doit faire retour à la dissolution du mariage.

CHAPITRE III

DE L'HYPOTHÈQUE DU FONDS DOTAL.

Y avait-il dans la loi *Julia* une autre défense que celle d'aliéner? Interdisait-elle également l'hypothèque du fonds dotal? Si l'on s'en rapportait aux Institutes de Justinien (II, 8 pr.) et à la loi unique, § 15, au Code *De rei uxoriæ actione*, ce serait, en effet, de la loi *Julia* qu'il faudrait faire découler cette restriction mise aux pouvoirs du mari. Malgré ces textes, il est généralement admis que la loi *Julia* ne s'est occupée que de l'aliénation et n'a jamais édicté la prohibition d'hypothéquer. D'abord il est permis de ne tenir aucun compte des affirmations de Justinien, car dans le même texte il soutient que l'inaliénabilité ne s'appliquait qu'aux fonds italiques et nous avons vu que, d'après Gaius, cette question était douteuse. S'étant trompé sur ce point, rien ne prouve qu'il n'ait pas commis une autre erreur, d'autant plus que les textes qui reproduisent les dispositions de la loi *Julia* mentionnent bien la défense d'aliéner, mais ne parlent en aucune façon de celle d'hypothéquer (Gaius, II, § 63. Paul, II, 21. B. § 2). Et il y a de cela une bonne raison, c'est qu'il est plus que probable qu'à cette époque l'hypothèque n'était pas encore connue en Italie, le débiteur qui voulait donner un fonds

en garantie à son créancier devait recourir au contrat de fiducie. Il est vrai que dans la loi 4 *De fundo dotali*, Gaius parle d'*obligatio*, mais cela peut-être une redondance exprimant la même idée que *alienatio* ; il n'y aurait même rien d'extraordinaire à ce que ce fût simplement une interpolation de Justinien. Quelle doit être alors l'origine de la règle que le fonds dotal ne peut être hypothéqué même avec le consentement de la femme ? Il est plus que vraisemblable que cette prohibition est une conséquence du sénatus-consulte Velléien. En effet, en même temps qu'il défendait d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme, Auguste avait défendu à la femme d'intercéder pour son mari. Le sénatus-consulte Velléien ne fit que généraliser cette prohibition et dès lors il fut interdit aux femmes d'obliger leur personne ou leurs biens au paiement des obligations contractées par autrui. Le sénatus-consulte s'appliquait sans difficulté lorsque la femme consentait une hypothèque sur son paraphernal au créancier de son mari, il y a là, en effet, une véritable *intercessio pro marito*. La logique voulait que l'on plaçât sur la même ligne l'hypothèque du fonds dotal ; car, bien que la femme n'en fût pas propriétaire, il n'en était pas moins vrai que le consentement qu'elle aurait donné à l'hypothèque de ce fonds était une véritable *intercessio* ; dans un cas comme dans l'autre, elle s'expose à perdre une partie de sa fortune pour venir au secours de son mari.

Il suit de là que si le mari hypothèque le fonds dotal, non plus dans son intérêt, mais dans celui de sa femme,

celle-ci pourra valablement concourir à l'acte, il n'y aurait pas là en effet une *intercessio* et l'hypothèque ne saurait être frappée de nullité (1).

Lorsque la prohibition d'hypothéquer a été violée, et qu'il n'y a pas eu dol (L. 2 § 3, *Ad Set. Vell.*), la femme peut opposer l'exception du sénatus-consulte (L. 8 § 9, et 12 eod.), et, si elle a payé par erreur, elle peut exercer la *condictio indebiti* (L. 9, C. eod. — L. 40, pr. *De cond. ind.*). Mais la femme peut-elle renoncer à invoquer le bénéfice du Velléen? L'affirmative a été soutenue, cependant le texte qui a été invoqué (L. 32 § 4, *Ad Set. Vell.*), semble plutôt en faveur de l'opinion contraire.

Tel était au temps des jurisconsultes le système de garantie organisé pour protéger la fortune de la femme contre les dilapidations de son mari. Avant d'examiner la sanction de la prohibition de la loi *Julia*, nous ferons remarquer que la femme a sur sa créance dotale les mêmes droits que sur toute autre créance. Ainsi elle pourrait la céder à un tiers soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ; le transfert aurait lieu ou par *cessio*, le tiers étant constitué *procurator in rem suam*, ou par délégation, le tiers stipulant du mari de manière à le libérer envers sa femme

(1) Demangeat. *Condition du fonds dotal en droit romain*, p. 219 et suiv. — M. Accarias. *Précis de droit romain*, n° 314, t. I, p. 740. — Contrà. M. Labbé à son cours.

(L. 3 § 5, *De minoribus*). Mais comme le *privilegium dotis* est absolument personnel à la femme, il cessera d'être attaché à la créance lorsque celle-ci sera passée entre les mains du cessionnaire. Tout au moins la femme en cédant sa créance dotale pourrait-elle également céder les sûretés qui y sont attachées? Il faut distinguer : tant que dure le mariage il est certain qu'elle ne peut pas renoncer au *privilegium inter personales actiones* (L. 2, *De jure dot.*). Ce privilège en effet est accordé dans un intérêt d'ordre public, et il est de principe que : « *Privata conventio juri publico nihil derogat* » (Paul, I, 1, § 6). Mais à la dissolution du mariage, lorsque l'action *rei uxoriæ* a pris naissance en la personne de la femme, elle peut en faisant novation avec son mari ou avec un tiers, perdre le bénéfice qui était attaché à sa créance primitive (L. 29, *De novationibus*). Quant aux sûretés conventionnelles que la femme pouvait avoir sur les biens de son mari pour la restitution de sa dot, elle pouvait en dépouiller sa créance dotale (LL. 7, § 6, *De donat. int. vir. et uxor.* — 21. C. *Ad Set. Vell.*).

CHAPITRE IV

SANCTION DU PRINCIPE D'INALIENABILITÉ

Lorsque l'immeuble dotal a été aliéné sans le consentement de la femme, l'aliénation est frappée de nullité, mais

par quelles personnes et à quelle époque peut-elle être invoquée ? On a soutenu que l'aliénation du fonds dotal faite en violation de la loi *Julia* par le mari était valable à son égard et qu'elle n'était frappée de nullité qu'à l'égard de la femme, dès lors la femme seule peut revendiquer et c'est à la dissolution du mariage qu'elle exercera son action en revendication. Dans cette opinion on a même été jusqu'à penser que la femme pouvait agir pendant le mariage car, a-t-on dit, un retard pourrait lui causer un préjudice et aucune loi ne limite l'exercice de son action. Ces solutions ne nous paraissent pas devoir être admises. Comment en effet la femme pourrait-elle revendiquer l'immeuble dotal aliéné par le mari ? A la dissolution du mariage, elle ne le peut pas, car l'action qu'elle a est une action personnelle privilégiée et non une action *in rem*, et à plus forte raison ne le peut-elle pas pendant le mariage, car d'une part elle n'est pas propriétaire, et d'autre part elle n'a aucun droit actuel contre son mari : si elle en est créancière, sa créance est purement éventuelle.

Ecartant donc ce système, nous dirons que l'aliénation faite par le mari sans le consentement de la femme est frappée d'une nullité absolue ; la propriété n'a pas été transférée à l'acheteur, le mari, *dominus dotis*, est resté propriétaire et peut à ce titre pendant le mariage exercer l'action *in rem* et revendiquer le fonds dotal qu'il a imprudemment aliéné, peu importe que l'acquéreur connût ou ignorât que le fonds était dotal (L. 42. *De usurp.*). Si l'acquéreur lui opposait l'exception *rei venditæ et traditæ*, il pourrait

lui répliquer en lui opposant l'exception de la loi *Julia*. Et de même que le mari peut revendiquer, il pourrait également pendant le mariage agir contre le détenteur du fonds dotal par l'action publicienne ou par les actions confessoire ou négatoire.

Si le mari ne poursuit pas pendant le mariage la nullité de l'aliénation qu'il a faite, cette aliénation ne pourra être attaquée qu'autant que l'action *rei uxoriæ* appartiendra, ou devra sûrement appartenir à la femme. Nous laissons de côté le cas où la femme aurait ratifié, la vente se trouverait alors validée, et le mari ne pourrait plus revendiquer. Mais si la femme vient à mourir *in matrimonio*, comme le mari gagne par là même la dot, le tiers acquéreur ne saurait être inquiété (L. L. 3, § 1 et 17 *De fundo dot*). Les dispositions de ces deux lois s'expliquent tout naturellement, étant donné le but de la loi *Julia*, mais il n'en résulte nullement que le mari ne puisse pas pendant le mariage agir contre l'acquéreur.

Supposons le mariage dissous, et voyons quelles personnes pourront attaquer l'aliénation faite par le mari seul? S'il s'agissait d'une dot réceptice, l'acquéreur n'aurait rien à craindre; jamais en effet elle n'a dû revenir à la femme, jamais par conséquent elle n'est tombée sous l'application de la loi *Julia*. De même si la dot était profectice et que la dissolution du mariage eût lieu par le prédécès de la femme, son père vivant encore, l'acquéreur serait également en pleine sécurité : car outre cette raison que dans les cas où l'action *de dote* ne compète pas à la

femme, on n'a pas à revenir contre les aliénations du fonds dotal, la prohibition de la loi *Julia* a été introduite exclusivement en faveur des femmes, pour leur donner un moyen de se remarier en leur assurant la conservation de leur dot, l'intérêt du constituant, fût-il le père de la femme, est resté en dehors des prévisions de la loi. Cette solution peut à première vue sembler en contradiction avec les lois 17 *De fundo dotuli* et 42 *De usurpationibus* qui ne mettent, en apparence du moins, les acquéreurs à l'abri de l'action en revendication que dans le cas où la dot profite au mari. Il n'y a cependant aucune antinomie entre les dispositions de la loi 3, § 1. *De fundo dotuli* et celles des lois précitées, ces dernières ne statuant que *de eo quod plerumque fit*, sur le cas le plus fréquent dans lequel le mari gagnait la dot, mais ne prévoyant pas les diverses hypothèses plus rares dans lesquelles le mari serait tenu de restituer la dot à une autre personne que la femme. Cela n'empêche pas d'ailleurs le mari d'être responsable sur ses biens des conséquences de ses actions.

Enfin, supposant le mariage dissous par le pré décès de la femme, s'il s'agit d'une dot profectice et que le constituant soit déjà mort, ou s'il s'agit d'une dot adventice, l'acquéreur du fonds dotal, comme nous avons déjà eu occasion de le signaler, n'aura à redouter aucun danger d'éviction, car le mari a gagné la dot. Papinien (L. 42, *De usurp.*) assimile ce cas à celui du voleur qui, après avoir vendu la chose dérobée, viendrait à succéder au propriétaire de cet objet. Et en effet il y a alors un fait ulté-

rieur qui vient combattre le vice originel de l'aliénation. Comme vendeur le mari est tenu à la garantie de la chose vendue, c'est-à-dire à maintenir l'acquéreur en possession du fonds, il ne peut donc être recevable à revendiquer le même fonds contre lui : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

Mais le mariage a pu se dissoudre soit par la mort du mari, soit par le divorce : alors s'il s'agit d'une dot adventice ou profectice, la femme pour se la faire restituer intentera l'action *rei uxoriæ* contre son mari ou les héritiers de son mari ; si elle meurt avant de l'avoir exercée, son action passera à ses héritiers, pourvu que son mari fût déjà en demeure (Ulpien Frag. VI, § 7). Cette mise en demeure du mari ne nécessitait pas le recours à la *litis contestatio*, mais la simple manifestation de la volonté de la femme de réclamer sa dot ne suffisait pas, il fallait une interpellation solennelle devant le magistrat (Frag. Vat. 95 et 112). Toutefois il est à remarquer que jamais les héritiers ne peuvent se prévaloir du privilège *inter personales actiones* ; ce privilège étant exclusivement attaché à la personne de la femme ne continue pas entre leurs mains à accompagner l'action *rei uxoriæ* (L. unic. C. *De privil. dot.*). Cela posé, si le mari a aliéné le fonds dotal et s'il n'a pas exercé l'action en revendication, de telle sorte que le fonds se trouve encore entre les mains du tiers acquéreur au moment où l'action *rei uxoriæ* échoit à la femme, celle-ci doit pouvoir recouvrer son bien indûment aliéné. Pour cela elle se fera transférer par son mari la propriété dont il n'a pu

être dépouillé par l'aliénation nulle qu'il a faite, ou bien elle se fera céder par lui son action en revendication. Si le mari ne veut pas recourir à l'un ou à l'autre de ces moyens, la femme sera autorisée à exercer l'action en revendication sous forme d'action *utile*. Ce même droit appartient aux héritiers de la femme, pourvu que le mari ou son héritier soit en demeure ; les héritiers de la femme sont protégés comme l'était la femme elle-même, nous dit Ulpien (Loi 13, § 3 *De fundo dot.*) : « *Heredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur quod mulieri præstabatur* (1). »

Mais si les héritiers de la femme ont droit à cette protection, c'est parce qu'ils en sont les représentants et qu'en conséquence ils peuvent se prévaloir des droits et actions nées à son profit, aussi ils ne pourraient pas invoquer la loi *Julia* pour attaquer les aliénations du fonds dotal faites par le mari postérieurement au décès de sa femme.

CHAPITRE V

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DE LA LOI JULIA

La règle de la loi *Julia* qui défendait au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme n'était pas

(1) Les expressions d'Ulpien sont trop générales, nous venons en effet de voir que les héritiers de la femme ne jouissent pas du *privilegium inter personales actiones*.

une règle absolue. La nature même des choses y avait fait admettre plusieurs exceptions qu'il nous faut maintenant examiner.

1° *Aliénation nécessaire.*

D'abord la loi *Julia* ne s'appliquait qu'à l'aliénation volontairement faite par le mari et non à l'aliénation que nous appellerons nécessaire d'après l'idée exprimée par les mots *alienatio non voluntaria* dont s'est servi le jurisconsulte Paul (L. 1 pr. *De fundo dot.*). Mais quand y avait-il aliénation nécessaire ?

Dans cette même loi Paul en donne pour exemple le cas de refus du mari de fournir la caution *damni infecti*. Chez les Romains, il était de principe que si la chose d'un propriétaire venait à causer un préjudice à autrui, ce propriétaire ne pouvait être tenu sur ses autres biens de réparer le dommage causé ; en d'autres termes nul ne peut être tenu, à l'occasion du préjudice causé par une chose, au-delà de la valeur de cette même chose : en en faisant abandon, le propriétaire était libéré de toute obligation. Ainsi la maison de Titius vient à s'écrouler et détériore ou entraîne dans sa chute la maison du voisin, celui-ci n'a aucune indemnité à réclamer si Titius lui abandonne les matériaux. On comprend combien cette sorte de réparation devait être insuffisante, mais le préteur avait su remédier à cet état de choses et voici ce qu'il décida : si la chose de Titius menace de causer un dommage à son voisin, ce voisin qui a de

justes raisons d'être inquiété est en droit de lui demander de prendre un engagement accompagné de stipulation de réparer le dommage s'il vient à se produire ; cet engagement s'appelle la *cautio damni infecti*. Au cas où Titius s'y refuserait, le voisin le fait venir devant le magistrat qui l'invite à fournir la *cautio*, et qui à son refus envoie le réclamant en possession de la chose à titre purement conservatoire. Rien n'est changé dans les droits des parties, sauf que la mise en possession permet à l'envoyé au moyen d'une action *in factum* d'expulser le propriétaire. Un délai est encore accordé pour fournir la sûreté demandée ; mais ce délai expiré, si le propriétaire persiste dans son refus, le prêteur par un second décret donnait la possession *ad usucapionem* au voisin, qui par l'effet de cette possession prolongée pendant deux ans devenait propriétaire. Si donc nous supposons que l'immeuble dont le mauvais état menace la propriété voisine soit dotal et que le propriétaire qui refuse de donner la *cautio damni infecti* soit un mari, nous nous trouverons en présence d'un cas où il y aura aliénation nécessaire du fonds dotal : « *Hic enim dominus vicinus fit, quia hæc alienatio non est voluntaria.* »

Un autre exemple d'aliénation du fonds dotal reconnue valable comme étant involontaire nous est rapporté à la loi 2 au Code *De fundo dotali* : « *mariti qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari.* » Le mari qui a reçu en dot la part indivise de sa femme dans un fonds non estimé ne

peut intenter sans elle l'action en partage ; le partage étant en effet chez les Romains translatif de propriété constitue une aliénation et dès lors tombe sous l'application de la loi *Julia*. Mais la circonstance que l'immeuble est dotal ne saurait contraindre le co-propriétaire à rester indéfiniment dans l'indivision, aussi peut-il par l'action *communi dividundo* provoquer le partage et le mari pourra valablement y répondre. L'aliénation dans ce cas ne sera pas volontaire, elle aura lieu par la puissance de la loi qui impose à tout co-propriétaire de ne pas nuire à l'exercice du droit qu'ont ses co-propriétaires de faire cesser l'indivision.

Un troisième et dernier cas d'aliénation nécessaire est celui où le fonds dotal étant possédé par un tiers, le possesseur refuse de le restituer en nature. Voici comment l'hypothèse peut se présenter : lorsqu'un immeuble dotal se trouve en la possession d'un tiers, le mari a le droit et le devoir de le revendiquer, car il serait responsable du dommage causé à sa femme par sa négligence et ce dommage peut être considérable. Mais à quoi aboutira cette revendication ? Le mari ayant prouvé sa qualité de propriétaire, le juge ordonnera au défendeur de restituer l'immeuble qu'il possède ; or, ou le possesseur obtempérera à l'ordre du juge et alors pas de difficulté, ou il refusera de s'y soumettre et alors le mari pourra-t-il le contraindre à obéir ? La question revient donc à se demander si le possesseur peut être forcé *manu militari* d'exécuter les restitutions ordonnées par le juge. Il semblerait tout

naturel que le magistrat quand il donne un ordre pût recourir à l'emploi de la force armée pour en assurer l'exécution. Mais il ne faut pas oublier que l'action en revendication est une action *arbitraire*, or, dans ces sortes d'actions le juge, en donnant raison au demandeur, condamne le défendeur à restituer la chose en litige ou à en payer la valeur. Si donc le défendeur préfère fournir cette valeur en argent, le demandeur ne pourra pas le forcer à restituer l'immeuble dont il veut garder la possession. L'application de ces principes à l'immeuble dotal aboutira en conséquence à une aliénation nécessaire.

Cette solution est loin d'être universellement admise. Cujas, Keller, MM. Pellat et Gide ont pensé qu'au temps des jurisconsultes, comme sous Justinien, le demandeur pouvait recourir à la force armée pour rentrer en possession de l'immeuble. A l'appui de leur opinion, ces auteurs invoquent la loi 68 *De rei vindicatione* qui est ainsi conçue : « *qui restituere jussus judici non paret contentens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur et fructuum duntaxat omnique causæ nomine condemnatio fit.* » Pour réfuter l'argument qu'on peut tirer de ce texte, il n'est pas nécessaire d'invoquer comme l'ont fait plusieurs interprètes et notamment M. de Savigny qu'il y aurait là une interpolation. Il est en effet à remarquer que la loi 68 suppose que le défendeur répondait par un mensonge à l'ordre de restituer que lui donnait le juge, il a prétendu qu'il ne pouvait pas restituer et cependant il le pouvait puisqu'il

possédait : dans ce cas alors et dans ce cas seulement pour le punir d'avoir trompé le juge, il sera permis au demandeur de se faire restituer l'immeuble *manu militari*. Cette doctrine est justifiée par un autre texte du Digeste (L. 3, § 2 *De rebus eorum qui sub tutela*), dans lequel le même Ulpien s'exprime ainsi : « *Item quæri potest si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis æstimatio oblata alienationem pariat? Et magis est ut pariat hæc enim alienatio non sponte tutorem fuit.* » Il semble assez difficile, en présence de cette disposition, d'admettre le système qui, tout en reconnaissant que primitivement le *jussus judicis* ne pouvait pas être exécuté *manu militari*, soutient qu'il en était autrement au temps d'Ulpien (M. Accarias. Droit Romain t. II, n° 867, p. 1125), car ce texte prouve bien qu'Ulpien n'admet pas en général l'emploi de la *manus militaris* au profit du revendiquant et il est logique d'en conclure que si la loi 68 le permet ce n'est que par exception.

En résumé, nous croyons que dans le droit classique, sauf l'exception admise par Ulpien en cas de mauvaise foi du possesseur, jamais le demandeur ne pouvait se faire restituer la chose en nature au moyen de la force ; à défaut de restitution, il ne pouvait réclamer que le paiement de la *litis æstimatio*, si le défendeur restituait c'était de son plein gré, cela ressort clairement des §§ 89 et 163 du commentaire IV de Gaius. Quant à déterminer exactement le moment où l'exécution du *jussus judicis* pût avoir lieu *manu militari*, cela ne paraît pas possible, on ne peut que faire

des conjectures, ce qu'il y a de certain c'est que sous Justinien la force pouvait être employée.

2° *Transmissio per universitatem.*

La loi *Julia* qui ne s'appliquait qu'aux aliénations volontaires ne concernait également que les aliénations de biens particuliers. Les aliénations *per universitatem*, comme les aliénations nécessaires échappaient à sa prohibition ; ainsi dans le cas où tous les biens du mari étaient transmis à une autre personne, rien ne s'opposait à ce que le fonds dotal changeât de patrimoine : « *sed et per universitatem transit prædium secundum quod possibile est* » (L. 1, § 1 *Defundo dot*). Examinons donc les cas où il y avait *transmissio per universitatem*.

Le cas qui se présente tout naturellement en première ligne est celui de la succession. Quand le mari vient à mourir avant d'avoir restitué, son héritier acquiert la propriété du bien dotal en même temps et au même titre que la propriété de ses autres biens. Il faut prendre ici le mot héritier dans l'acception la plus large : qu'il s'agisse d'un héritier testamentaire, d'un héritier *ab intestat*, d'un fidei commissaire ou d'un *bonorum possessor*, la solution est la même.

Ulpien (L. 2 *eod. tit.*) donne un second exemple : c'est le cas où le mari a encouru la *maxima capitis deminutio* et est réduit en servitude, soit que majeur de vingt ans, il

se soit laissé vendre pour partager le prix de la vente, soit que, affranchi, il se soit rendu coupable d'ingratitude envers son patron. Celui qui acquiert la puissance dominicale acquiert le fonds dotal avec tous les autres biens du mari.

Dans la même loi, l'on voit encore que le fonds dotal suit les autres biens au cas où le fisc vient à recueillir l'hérédité du mari soit à la suite d'une condamnation pénale ou d'une confiscation résultant de la *maxima* ou de la *media capitis deminutio*, soit à la place d'un héritier incapable ou indigne par application des lois caducaires.

Lorsqu'un citoyen romain se donnait en adrogation, l'adrogeant acquérait les biens de l'adrogé. Si donc un mari *sui juris* se donnait en adrogation, l'adrogeant devenait propriétaire du fonds dotal comme des autres biens de son adrogé. S'il s'agissait d'une adoption proprement dite, les biens du fils de famille et avec eux le fonds dotal passaient du patrimoine du père naturel dans celui du père adoptif par application du principe : « *onera ejus qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur* » (L. 45 *De adoptionibus*).

Enfin lorsque plusieurs personnes forment une société universelle de tous biens, *societas totorum bonorum*, les biens des associés ne composent plus qu'une seule masse dont la propriété est indivise entre eux. Si donc l'un d'eux est marié, les biens dotaux de sa femme tomberont dans la masse commune.

Dans ces cinq hypothèses, il est à remarquer que le

fonds dotal reste entre les mains du nouveau propriétaire ce qu'il était entre les mains du mari, c'est-à-dire inaliénable. Mais il y a entre elles une différence qu'il importe de signaler : en cas d'adrogation ou de société de tous biens, l'obligation de supporter les charges du mariage incombe à l'adrogeant ou à la société ; tandis que dans les trois autres il ne peut être question de faire supporter au *successor in universum jus* les charges du ménage, car le mariage est dissous (1).

Il est encore un cas de *transmissio per universitatem* c'est celui de la vente en bloc du patrimoine d'un débiteur insolvable, la *venditio bonorum*. Lorsqu'un débiteur ne pouvait payer ses dettes, ses créanciers obtenaient l'envoi en possession de ses biens, faisaient adjuger l'ensemble de son patrimoine à l'enchérisseur qui leur offrait le dividende le plus élevé, puis se partageaient ce dividende. Si donc on vient à faire la *venditio bonorum* des biens d'un mari insolvable, l'immeuble dotal, comme tous ses autres biens, sera compris dans l'envoi en possession et dans la vente. Mais la déconfiture du mari va permettre à la femme de demander la restitution anticipée de sa dot ; elle exercera son action *rei uxoriæ* et se prévaudra de son privilège comme au cas de dissolution du mariage, elle recevra alors sur le prix de l'adjudication le montant intégral de sa dot ; toutefois elle devra laisser passer avant elle certains créan-

(1) Cependant la déportation, bien que peine capitale, n'emportait pas de plein droit la dissolution du mariage : celui qui l'avait encourue ne cessait pas en effet d'être libre.

ciers plus favorables, par exemple les créanciers funéraires si la *venditio bonorum* n'a lieu qu'après la mort du mari (Paul, I. 21, § 15), le fisc soit qu'il ait contre le mari une créance résultant d'un contrat, soit que le mari ait rempli les fonctions d'administrateur comptable, la femme ne recevra alors qu'un dividende dont elle devra se contenter ; ce dividende reçu elle n'aura plus aucun droit. Ainsi entre les mains de l'*emptor bonorum* les biens dotaux ne seront pas inaliénables : la femme ne pouvant plus prétendre à aucune restitution, il n'y avait plus de raison d'en interdire l'aliénation.

Lés dettes du mari ont donc une grande influence sur les biens dotaux, puisque elles peuvent en amener l'aliénation ; mais quelle sera sur eux l'influence des dettes de la femme ? Ces dettes peuvent être antérieures ou postérieures à la constitution de dot. S'agit-il de dettes antérieures, si la dot a été constituée en fraude des droits des créanciers, ceux-ci pourront l'attaquer par l'action Paulienne, mais à la condition que le mari ait été de mauvaise foi, *consciis fraudis*, car la constitution de dot est un acte à titre onéreux (L. L. 14 et 25, § 1. *Quæ in fraudem credit*).

Il ne peut pas non plus y avoir de difficulté si la femme avait avant le mariage consenti une hypothèque : le créancier hypothécaire pourra exercer l'action Quasi-Servienne et faire vendre l'immeuble s'il n'est pas payé à l'échéance.

Si la femme s'est constitué en dot tous ses biens, on doit appliquer le principe *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Elle pourra donc répéter contre son mari, la

portion de ses biens nécessaire à l'acquittement de ses dettes soit par une *condictio indebiti*, si elle s'est dotée par *promissio* ou *stipulatio*, soit par une action *in factum* si elle s'est dotée par dation (L. 72. *De jure dotium*). Mais les créanciers ne pourraient pas agir directement contre le mari que la constitution de dot n'a pu rendre débiteur des créanciers de sa femme.

Quant aux dettes antérieures qui ne rentrent pas dans l'un des trois cas précédents et quant aux dettes postérieures à la constitution, elles ne peuvent en aucune façon altérer le droit du mari sur les biens dotaux. Il pourra, il est vrai, restituer la dot pour payer ces dettes, alors même que la femme aurait des paraphernaux suffisants, s'il y avait avantage à se défaire du bien dotal plutôt que d'un paraphernal (L. 85. *De jure dot*) ; mais s'il préfère conserver la dot intacte, les créanciers n'ont aucune action contre lui. Ils ne pourront poursuivre l'exécution de leurs droits que sur les biens paraphernaux de la femme ; ou s'ils y trouvent un avantage, ils attendront la dissolution du mariage pour faire procéder à la *bonorum venditio* dans laquelle seront compris tous les biens dotaux, et si ceux-ci n'avaient pas été restitués, le *bonorum emptor* pourrait à cet effet exercer l'action *rei uxoriæ*.

Au lieu d'être un étranger, le créancier de la femme peut être son mari. La femme, en effet, a pu devenir sa débitrice en contractant avec lui soit avant, soit depuis le mariage. Les droits du mari en ce cas sont ceux d'un créancier ordinaire et si à la dissolution du mariage la femme

est encore débitrice, lorsqu'elle demande la restitution de sa dot, le mari pourra conformément au rescrit de Marc-Aurèle lui opposer la compensation, lors même que l'objet de sa propre obligation serait un fonds dotal (Inst. § 30. *De actionibus*). Quant aux dépenses que le mari a faites relativement aux biens dotaux, nous avons eu occasion dans le chapitre II d'examiner en quoi elles pouvaient modifier la condition du fonds dotal.

3° *Restitution anticipée de la dot.*

Dans les hypothèses où par exception la restitution de la dot a lieu avant la dissolution du mariage, le fonds dotal ainsi restitué perd son caractère de dotalité et la femme peut valablement l'aliéner.

4° *Extinction d'une servitude par confusion.*

Lorsque la propriété du fonds dominant et du fonds servant se trouve réunie dans les mains du mari, la servitude s'éteint par confusion ; toutefois à la dissolution du mariage le mari doit restituer non seulement le fonds dotal mais la servitude existant à son profit, autrement la restitution serait incomplète : « *Officio de dote judicantis contenebitur ut redintegrata servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus reddi* (L. 7, § 1. *De fundo dotali*). » Si le mari n'a plus l'immeuble dans son patrimoine et s'il n'a pas pris soin de stipuler le rétablissement de la servitude,

la femme aurait droit à une indemnité, mais elle ne pourra pas recourir contre le tiers acquéreur.

5° *Usucapion du fonds dotal.*

Le fonds dotal étant inaliénable est par là même imprescriptible. Mais ce n'est pas là une règle absolue : elle souffre exception dans le cas où l'usucapion a déjà commencé au profit du possesseur avant la constitution en dot de l'immeuble ; la possession se continue alors utilement pendant le mariage, la loi *Julia* n'en interrompt pas le cours et le fonds dotal est usucapé par le laps de temps ordinaire. C'est ce que décide Tryphoninus dans la loi 16 *De fundo dotali* : « *Nam licet lex Julia quæ vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujus modi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem quæ per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, jam cæperat.* » Cette décision paraît assez singulière : en effet par suite de l'usucapion, l'immeuble va être aliéné à un moment où placé sous la protection de la loi *Julia*, il est inaliénable. On en a donné deux raisons qui sont exactes l'une et l'autre. La première consiste à dire que les Romains voyaient dans cette usucapion une de ces aliénations qui d'après l'expression de Papinien : *vetustiore causam et originem juris habent necessariam*, et qui en conséquence ne tombent pas sous le coup de la loi *Julia*. La seconde rattache la possibilité d'usucaper dans ce cas au principe général que la perte

de la possession peut seule empêcher l'usucapion de s'accomplir. Les Romains ne connaissaient pas en effet les causes civiles d'interruption de l'usucapion. Le mari devait donc se hâter d'agir de telle sorte que le possesseur fût condamné à délaisser l'immeuble avant l'expiration du délai de deux ans. S'il néglige d'interrompre la possession et que l'usucapion vienne à s'accomplir, la femme qui se trouve ainsi privée de son immeuble peut lors de la dissolution du mariage se faire indemniser du dommage que lui cause cette perte. Cependant comme en définitive le mari ne doit répondre que de sa faute, sa responsabilité ne serait pas encourue s'il s'était trouvé en fait dans l'impossibilité d'agir, par exemple si au moment où l'immeuble lui a été transféré *dotis causa*, il ne manquait plus au tiers possesseur que quelques jours pour compléter l'usucapion. En ce cas on ne peut pas raisonnablement lui reprocher d'avoir laissé passer un délai aussi court sans exercer l'action en revendication, et sa femme n'aurait aucun recours à exercer contre lui (L. 16 *De fundo dot.*).

CHAPITRE VI

LÉGISLATION DE JUSTINIEN

Pour terminer l'étude du principe de l'inaliénabilité en droit romain, il ne nous reste plus qu'à examiner quelles

furent à cet égard les innovations de Justinien ; c'est sous ce prince que l'inaliénabilité du fonds dotal reçut son complet développement ; c'est grâce aux réformes importantes qu'il apporta à la législation antérieure que la femme se trouva protégée d'une manière efficace.

Le but que voulut atteindre l'empereur est plus moral et plus élevé que celui de la loi *Julia*. Il ne s'agit plus de forcer les célibataires à se marier et de favoriser les secondes noces pour remédier à la dépopulation de l'empire ; le célibat, si longtemps condamné par la loi, était mis en honneur par le christianisme, et sous la même influence les secondes noces étaient tombées en défaveur. Ce qu'a voulu Justinien, c'est protéger la femme contre sa propre faiblesse. Le fondement du principe de l'inaliénabilité dotale a changé, ce n'est plus l'intérêt de l'État, mais la protection que le législateur doit accorder à la femme : la dot est inaliénable non plus parce que *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint*, mais bien *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* (L. un. § 15. *De rei uxor. act.*).

Les réformes de Justinien sont contenues dans trois constitutions célèbres qui forment dans le Code la loi 30 *De jure dotium* (V. 12), la loi unique *De rei uxorie actione* (V. 13) et la loi 12, § 1 *Qui potiores in pignore* (VIII, 18).

La première date de l'année 529 (L. 30 *De jure dot.*), mais des controverses se sont élevées sur le point de savoir quelle est exactement l'innovation qu'elle apporta au droit

sur la dot. Le texte est ainsi conçu : « *In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt posse sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est, volumus itaque eam in rem actionem in hujus modi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere : ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam et plenissime consulatur.* »

Dans une opinion défendue par M. Demangeat, il y aurait là deux innovations : 1° la femme aurait une hypothèque privilégiée sur toutes les choses apportées en dot ; 2° elle aurait la faculté d'agir par voie de revendication. La femme prime désormais tous les créanciers de son mari, même les créanciers hypothécaires, peu importe qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, peu importe que les biens dotaux aient été ou non estimés. Cette hypothèque confère à la femme un droit de suite, car il n'y a pas de raison de lui refuser un droit dont jouit tout créancier hypothécaire ; d'ailleurs le texte n'exige qu'une condition,

c'est que les biens existent encore, mais peu importe qu'ils soient aux mains du mari ou aux mains d'un tiers. L'utilité de cette hypothèque privilégiée quant aux immeubles ne se présentera qu'au cas où le fonds dotal se trouverait grevé d'hypothèques légales, car la loi *Julia* en ayant interdit l'hypothèque, il ne saurait être grevé d'hypothèques conventionnelles. Il faut encore remarquer que la femme pouvant consentir à l'aliénation de l'immeuble dotal, son consentement entraînerait renonciation à son hypothèque. Le motif de cette garantie, d'après Justinien, est que la femme a eu la propriété de ces objets. Ils ont bien cessé de lui appartenir, mais elle en a conservé la propriété naturelle et c'est ce qui lui permettra désormais d'exercer l'action en revendication. S'agit-il de meubles, la femme les revendiquera si à la dissolution du mariage ils se trouvent en nature dans le patrimoine de son mari; mais si celui-ci les a aliénés, le tiers acquéreur ne peut pas être inquiété, car les meubles n'ont pas cessé d'être aliénables. De même les immeubles dotaux pourront être revendiqués par la femme s'ils se trouvent encore dans le patrimoine de son mari, mais la revendication ne saurait être dirigée contre un tiers devenu légitime propriétaire. En résumé la femme a le choix entre l'action hypothécaire et l'action en revendication et dans les cas où elle ne peut pas revendiquer, elle conserve toujours le droit d'exercer l'action hypothécaire.

L'opinion de M. Demangeat est loin d'être admise par tous les romanistes. M. Gide notamment l'a combattue

et a soutenu avec raison, selon nous, que la constitution de 529 n'avait pas donné à la femme une hypothèque. D'abord la constitution de 530 en parle comme d'une innovation, c'est donc qu'elle ne résultait pas de la constitution de 529. De plus le texte de cette dernière ne fait aucune allusion aux différences entre l'action en revendication et l'action hypothécaire que M. Demangeat établit relativement aux biens sur lesquels portent ces actions. Il ne parle pas davantage des tiers acquéreurs, ce qu'il prévoit c'est le concours de la femme avec des créanciers. Enfin l'expression « *si res extant* » est-elle bien traduite par les mots : « si les objets existent encore ? » ce n'est pas probable. Il est beaucoup plus rationnel de la traduire ainsi : « tant que les biens sont restés dans le patrimoine. » Ce que la constitution de 529 a accordé à la femme c'est une priorité de rang sur tous les biens dotaux, meubles ou immeubles, estimés ou non estimés, pourvu que ces biens soient encore aux mains du mari. Elle a été propriétaire des biens dotaux, il est dès lors de toute justice qu'elle passe avant tous les créanciers. Elle agira par une action en revendication comme si elle était encore propriétaire, ou par une action hypothécaire ; mais ce ne sera ni une revendication ordinaire, ni une action hypothécaire ordinaire, car il n'y a pour la femme ni propriété du fonds dotal, ni hypothèque, mais seulement des fictions admises dans le but de corriger la subtilité des lois. Par suite la reprise en nature de la dot est assurée à la femme, elle est protégée contre les créanciers de son mari, mais elle doit respecter les

droits acquis et ne pourrait intenter ces actions contre les tiers détenteurs. La constitution de 529, en un mot, n'a donc fait que donner une extension au privilège que le droit classique avait accordé à la femme.

De ce que Justinien accorde à la femme une espèce de droit de propriété naturelle et une action en revendication, de ce qu'il appelle le droit du mari une subtilité des lois, il ne faudrait pas croire que le mari n'est plus à partir de ce moment propriétaire de la dot. En employant les expressions dont il s'est servi, l'empereur a tout simplement voulu expliquer et justifier la nouvelle faveur qu'il accordait à la femme, mais il n'a pas voulu modifier l'ancien droit en transportant à la femme la propriété des biens dotaux qui jusque là était attribuée au mari. D'ailleurs Justinien dit lui-même que la femme sera traitée comme si elle était propriétaire, qu'elle revendiquera les choses dotales parce qu'elles seront réputées siennes : cette fiction eût été bien inutile si la femme avait été réellement propriétaire. Au surplus dans les Institutes (II. 8) qui sont postérieurs à la constitution, le droit de propriété du mari est établi sans aucun doute possible. Ainsi, sous Justinien comme dans le droit classique, le mari est propriétaire de la dot sous l'obligation personnelle de restituer.

La constitution de 529 contient une autre disposition qui a donné lieu également à difficulté. Dans le droit classique le fonds dotal ne peut être usucapé pendant le mariage, mais l'usucapion ne peut, même après la dissolution, commencer à courir au profit du mari tant que la

femme n'a pu obtenir la restitution effective du fonds dotal. Cette règle a-t-elle été modifiée par Justinien ? Voici comment il s'exprime : « *Ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit* ». Il semble bien résulter de ce texte que l'usucapion commence à courir du jour de la dissolution du mariage, ou du jour où la déconfiture du mari est devenue évidente : en un mot le fonds dotal bien qu'il ne pût être aliéné pourrait être usucapé dès que le droit à la restitution serait ouvert et avant cette restitution. Mais cette solution n'est pas admissible.

Il n'est pas en effet présumable que Justinien ait voulu établir une différence après la dissolution entre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens dotaux, en rendant ces immeubles prescriptibles à un moment où ils sont encore inaliénables ; il serait assez extraordinaire que Justinien ait voulu supprimer une sûreté que l'ancien droit avait toujours accordée à la femme, alors que dans toutes ses constitutions il a plutôt exagéré les mesures de protection de la femme. Il est donc logique de penser que la constitution de 529 n'a pas visé la prescription du fonds dotal, et qu'elle s'est seulement occupée de la prescription des actions au moyen desquelles la femme peut recouvrer sa dot ; ces actions sont prescriptibles du jour où la femme a pu les exercer.

Justinien ne tarda pas à trouver ces réformes insuffi-

santes, et l'année suivante (530) il publiait une nouvelle constitution (L. unic. *De rei ux. act.*). D'abord les fonds provinciaux sont assimilés aux fonds italiques : le principe de l'inaliénabilité s'applique aux uns comme aux autres. Les anciennes actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* sont fondues en une seule. La stipulation de restitution est toujours sous-entendue, et l'action de la femme garde le nom d'action *ex stipulatu* qui passe de plein droit à ses héritiers, alors même qu'avant de mourir elle n'aurait pas mis son mari en demeure de restituer ; le mari ne garde plus la dot qu'en vertu d'une convention expresse. De plus, Justinien accorde à la femme une hypothèque qui frappe tous les biens du mari et qui garantit le paiement de tout ce dont celui-ci peut être débiteur à l'occasion de la dot.

Malgré tout cela, la femme était encore exposée au danger de perdre sa dot : en effet l'aliénation du fonds dotal n'est entachée de nullité qu'autant que le mari a agi seul, l'aliénation est valable si la femme a donné son consentement. En ce cas si le mari est insolvable la restitution de la dot se trouvera gravement compromise, car la femme qui a consenti à ce que son bien dotal soit aliéné a par la même renoncé à se prévaloir de son hypothèque. Aussi pour remédier à cette situation, Justinien décida que désormais le fonds dotal ne pourrait plus être aliéné même du consentement de la femme. De plus la faculté qu'elle avait de renoncer à son hypothèque fut restreinte : il lui est formellement interdit de renoncer à son hypothèque sur l'immeuble apporté en dot sans estimation.

Enfin la troisième constitution qui parut l'année 531 vint accorder à la femme une garantie exorbitante. Cette constitution connue sous le nom de loi *Assiduis* (L. 12 *Qui pot, in pign.*) décida que l'hypothèque légale qui avait été accordée aux femmes leur assurerait la préférence sur tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés du mari, même antérieurs en date : *Potiora jura contra omnes habere mariti creditores licet anteriores sint temporis privilegio vallati*. Il y avait là une grande injustice, aussi cette loi, après avoir été presque universellement repoussée dans nos provinces de droit écrit, fût-elle formellement rejetée par l'article 1572 de notre Code civil.

Avant d'en arriver à reconnaître à la femme une hypothèque privilégiée, Justinien lui avait déjà accordé une garantie du même genre dans une constitution de 528 qui forme au Code la loi 29 *De jure dotium*. Lorsque le mari avait fait de mauvaises affaires et était tombé en déconfiture, la femme pouvait s'emparer des choses qui lui avaient été hypothéquées pour garantir la restitution de sa dot, mais elle ne pouvait pas les aliéner tant que durait le mariage. C'est ce droit que les praticiens ont appelé *assecuratio dotis vel indemnitas dotis*. Mais comme le remarque Cujas, il ne s'agissait que d'une hypothèque conventionnelle, car Justinien n'avait pas encore accordé aux femmes une hypothèque tacite et générale sur les biens du mari.

Justinien, dans une constitution dont la date n'est pas connue mais qui forme la loi 22 *Ad Set. Velleianum* avait décidé que la femme qui, après avoir fait une *intercessio*

l'aurait confirmée dans le délai de deux ans, ne pourrait plus opposer l'exception tirée du sénatus-consulte Velleïen. Cette décision devait être appliquée au cas où la femme aurait consenti à l'hypothèque du fonds dotal. Car nous avons vu que la prohibition d'hypothéquer résultait non de la loi *Julia* mais de ce sénatus-consulte.

Il semble d'ailleurs que la question ne puisse plus faire doute depuis que la Novelle LXI est venue modifier les garanties apportées à la femme : pour lui assurer le bénéfice de la donation, *ante nuptias*, Justinien décida que les biens qui en feraient l'objet ne pourraient être ni aliénés ni hypothéqués par le mari, mais il admit une exception : le consentement de la femme pourra relever le mari de cette incapacité s'il a été réitéré au bout de deux ans et s'il reste au mari des biens suffisants pour mettre la femme à l'abri de toute perte.

Puis la Novelle termine en déclarant que ce qui vient d'être dit de la donation *ante nuptias*, doit s'appliquer à plus forte raison à la dot, en cas d'aliénation ou d'hypothèque de l'un des biens qui y sont compris : « *Et multo potius hæc in dote valebunt si quid dotis aut alienetur aut supponatur.* » Il en résulte donc que, si le mari est solvable, l'aliénation et l'hypothèque du fonds dotal seront possibles pourvu que la femme renouvelle au bout de deux ans le consentement qu'elle aura donné. Cette interprétation qui est confirmée par l'intitulé de la Novelle, est justifiée par un passage des *Petri exceptiones* que M. de Savigny regarde avec raison comme reproduisant le droit de Justinien dans son dernier état.

Nous sommes loin à cette époque des institutions des premiers âges de la société romaine ; une immense révolution s'est accomplie : la femme après avoir été pour ainsi dire la chose de son mari a fini par obtenir une position plus avantageuse que celle du mari lui-même. Cujas le constate en ces termes : « *In multis articulis juris deteriore esse conditionem feminarum quam masculorum sed in causa dotium certe melior est conditio feminarum.* »

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I

DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL DANS L'ANCIEN DROIT

Avant d'étudier l'inaliénabilité dotale telle qu'elle est régie par le Code civil, il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'œil rapide sur notre ancien droit et d'examiner ce qu'est devenue pendant cette longue période la législation de Justinien.

C'est à la suite des légions de César que le droit romain pénétra dans les Gaules ; et sous la domination franque il continua à y être appliqué. Mais il resta ce qu'il était et notamment au point de vue de la dot, la loi *Julia* fut toujours en vigueur. C'est seulement au *x^e* siècle qu'apparaît le droit de Justinien. Il semble en effet résulter d'un recueil composé à cette époque dans le territoire de Valence et connu sous le nom de *Petri exceptiones legum romanorum* (L. 1, ch. 34. *De alienatione dotis*) que la Nouvelle 61 commençait à être connue dans la Gaule : *sin autem sit immobilis inæstimata (dos), non potest eam alienare ma-*

ritus sine consensu uxoris. Nec sufficit solus consensus, sed opus est ut post biennium alienationem uxor confirmet et de aliis rebus mariti recompensationem habeat. Idem de propter nuptias donatione intelligendum est. » Ainsi le mari peut du consentement de sa femme aliéner le fonds dotal inestimé à condition que ce consentement soit confirmé deux ans après. Quant à la dot mobilière et au fonds dotal estimé, le mari est toujours libre d'en disposer à son gré (de Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen-âge*, ch. IX sect. III).

Mais il faut arriver au ^{xii}e siècle pour assister au triomphe du droit de Justinien sur le code Théodosien. C'est à cette époque seulement où sous l'influence de l'enseignement des glossateurs de l'école de Bologne qui allaient en Italie, en Allemagne, en France, en Espagne populariser l'étude des lois de Justinien, que les règles de la loi *Julia* firent place au principe de l'inaliénabilité absolue de la dot immobilière.

Il ne faudrait cependant pas croire que cette introduction de la législation romaine se produisit dans toutes nos provinces. Depuis l'invasion des barbares, celles-ci s'étaient lentement divisées en deux grandes catégories. Dans les provinces du midi où la population gallo-romaine était plus nombreuse, le droit romain était resté la loi dominante. Dans les provinces du nord au contraire, où l'influence romaine s'était moins fait sentir, les coutumes locales avaient fini par être presque exclusivement en vigueur. Le territoire se trouvait ainsi divisé en deux grandes fractions sou-

mises à deux régimes distincts : l'une comprenant les provinces qu'on appela provinces *de droit coutumier* ; l'autre comprenant les provinces auxquelles leur attachement pour le droit romain fit donner le nom de provinces *de droit écrit*. Or c'est seulement dans ces dernières que la loi *Julia* avait continué à recevoir son application et ce furent aussi les seules qui admirèrent le principe de l'inaliénabilité.

Toutes ne l'adoptèrent pas d'une manière uniforme : il en est même qui refusèrent de s'y soumettre. Ainsi dans le Lyonnais, le Maconnais, le Forez et le Beaujolais, l'inaliénabilité qui avait d'abord été étendue à la dot mobilière (arrêts du Parlement de Paris 18 mai 1657 et 13 juillet 1658) était tombée en désuétude, et Louis XIV dans l'édit du 16 avril 1664, abrogeant la loi *Julia* dans ces provinces ne fit que sanctionner un état de choses préexistant.

Le Parlement de Bordeaux avait une jurisprudence toute exceptionnelle ; ainsi il refusait au mari l'exercice des actions pétitoires et le droit d'aliéner la dot mobilière. De plus l'art 53 de la Coutume, s'inspirant de l'idée de la Nouvelle 61 décidait que la femme pouvait consentir à l'aliénation de la dot et renoncer à son hypothèque légale si le mari était solvable au moment de la restitution (Salviat. Jurisp. du Parl. de Bordeaux, v°. Dot. n° 9. — Bretonnier sur Henrys t. 2. p. 496).

La Provence se conformait aux règles du droit romain.

Dans le ressort du Parlement de Toulouse, il était en général admis que l'inaliénabilité ne s'appliquait qu'aux immeubles constitués en dot. Voici en effet ce qu'on lit

dans les Institutions du Droit français de Serres (p. 103) :
« Puisqu'il n'y a que l'aliénation du fonds dotal qui soit défendue par la loi, il s'ensuit que le mari est le maître absolu des sommes, actions, obligations ou hypothèques dotales et qu'il peut les aliéner comme il trouve à propos. »

Dans le Béarn, non-seulement l'aliénation du fonds dotal était permise conformément à la loi *Julia* avec le consentement de la femme : mais il en était de même de l'hypothèque.

Quant au Parlement de Paris, il appliquait l'inaliénabilité à la dot mobilière pour les pays de droit écrit de son ressort (Henrys, l. 4, quest. 141).

Mais qu'était donc devenu le sénatus-consulte Velléien ? Après avoir disparu, on le voit reparaitre vers le XII^e siècle et il est admis dans tout le royaume, dans les pays de coutume comme dans les pays de droit écrit, nulle part la femme ne peut intercéder ni pour son mari, ni pour un étranger, à moins que dans l'acte constatant son obligation, elle n'ait déclaré renoncer au bénéfice du sénatus-consulte. Or, il arriva que cette renonciation devint une clause de style dans les contrats, et cela au grand préjudice des femmes dotales, car l'incapacité de la femme étant considérée comme liée à l'indisponibilité des biens, cette incapacité disparaissant, l'inaliénabilité devait aussi disparaître. Aussi l'on vit invoquer la renonciation au Velléien pour permettre la saisie des immeubles dotaux. Certains parlements ayant refusé de valider en ce cas les renonciations, Henri IV voulut établir partout la même règle, et pour

faire cesser les abus auxquels donnait lieu l'interprétation des clauses de renonciation, il abrogea le sénatus-consulte Velléen (édit de 1606) et ordonna qu'à l'avenir cette clause serait toujours sous-entendue dans les contrats.

Bien que cet édit laissât subsister le principe de l'inaliénabilité dotale et ne permit à la femme d'obliger que ses biens libres, il ne fut néanmoins enregistré qu'au Parlement de Paris, et encore fût-il besoin de le confirmer dans la déclaration de 1664 qui en limitait l'application aux seules provinces pour lesquelles l'abrogation de la loi *Julia* avait paru nécessaire. Mais les Parlements de Bordeaux, Toulouse, Rouen, Grenoble, résistèrent et continuèrent à considérer la femme comme incapable d'intercéder pour autrui.

En 1683 et en 1703 deux nouveaux édits vinrent renouveler pour la Bretagne et la Franche-Comté, l'abrogation du S. C. Velléen. Dans les autres pays, il continua à frapper la femme d'incapacité quant à ses biens dotaux seulement.

Dans le droit écrit comme dans le droit romain, les biens de la femme se divisaient en deux classes : les biens dotaux et les biens paraphernaux. Sur la dot le droit du mari ne comprend plus que la jouissance et l'administration. Accurse déclare que le mari n'est pas réellement propriétaire du fonds dotal ; et la même opinion sera soutenue par Cujas. On applique la loi *Quintus Mucius* (L. 51, Dig. 24, 1) : la femme doit présenter le titre constatant les acquisitions par elle faites pendant le mariage ; tout ce qu'elle acquiert

sans pouvoir en justifier l'origine appartient au mari (Domat. *Lois civiles*, L. 1, t. X, sect. 4, n° 7).

Pour remédier à la rigueur de l'application de cette loi, on modifiait souvent le régime dotal en stipulant une société d'acquêts. Cette stipulation devint assez fréquente et on appela le régime dotal ainsi tempéré : Communauté des pays du midi.

Enfin le principe de l'inaliénabilité ne s'entendait comme dans le droit de Justinien que des aliénations volontaires. Les aliénations nécessaires étaient respectées : la justice avait à ce sujet un large pouvoir d'appréciation (Domat. loc. cit.).

Quelques pays de coutume avaient aussi adopté le régime dotal consacré par la loi romaine : c'étaient l'Auvergne, la Marche et la Normandie.

Dans les deux premières de ces provinces, comprises dans le ressort du Parlement de Paris, toutes les questions dotales étaient jugées d'après la loi romaine, mais sous l'influence de la Nouvelle 61, on permettait la vente des biens dotaux quand elle ne devait pas nuire à la femme ; et celle-ci avait dans l'année qui suivait la mort de son mari le droit d'opter entre poursuivre l'acquéreur du bien indûment aliéné, ou se faire rembourser sur les biens du mari. Passé ce délai d'un an, elle ne pouvait plus poursuivre le tiers acquéreur, sauf en cas d'éviction.

De tous les pays coutumiers, la Normandie était le seul

qui n'admit point le régime de la communauté. L'article 389 de la coutume est formel à cet égard : « Les personnes conjointes par mariage ne sont communs en biens soit meubles soit conquêts immeubles, ainsi les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari. » Les biens des femmes sont régis par un statut tout particulier. Voici en peu de mots le système organisé par la coutume dans le titre du *Bref de mariage encombré* où elle traite de l'aliénation de la dot (art. 537-545).

L'aliénation de la dot faite par le mari du consentement de la femme ou par la femme du consentement du mari est valable « cessant minorité, dol, fraude, déception d'outre moitié du juste prix, force, menaces ou crainte, telle qui peut tomber en l'homme constant, car la seule révérence ou crainte maritale n'est suffisante (art. 538) ». Mais la coutume accordait à la femme une garantie sérieuse : elle obligeait le mari à faire emploi, et l'en rendait responsable sur ses biens personnels, grevés d'ailleurs au profit de sa femme d'une hypothèque qui datait du jour du mariage (art. 539). Si malgré cette hypothèque « la femme ne peut avoir sa récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs de la dite dot, lesquels ont l'option de la lui laisser ou de lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'elle pouvait valoir lors du décès du mari (art. 541). » Les détenteurs ont le droit de faire discuter les biens du mari situés en Normandie (car toutes ces dispositions étaient de statut réel) et c'est seulement dans le cas où l'insuffisance

de la fortune du mari était constatée qu'ils pouvaient être dépossédés. L'action qui était donnée aux femmes à cet effet s'appelait Bref de mariage encombré. Cette action • équipolle à une réintégrande pour remettre les femmes en possession de leurs biens moins que dûment aliénés pendant le mariage ainsi qu'elles avaient lors de l'aliénation (art. 537). » La femme a pour l'exercer un délai d'an et jour à compter de la dissolution du mariage. Passé ce délai, elle pouvait encore recouvrer son bien aliéné au moyen de l'action de la loi apparente ou revendication que la coutume appelle la *voie propriétaire* et qui durait quarante ans à dater de la dissolution du mariage.

Il faut remarquer que si l'aliénation avait été irrégulièrement faite, c'est-à-dire contrairement à l'article 538, ce n'est pas seulement un recours subsidiaire que la femme avait contre les tiers détenteurs, mais bien une action directe à laquelle ils ne pouvaient pas échapper en faisant discuter les biens du mari.

La faculté accordée à la femme de déposséder l'acquéreur d'un bien dotal n'était pas absolue. En effet (art. 541) : • Si la dot a été vendue par la femme pour rédimer son mari, n'ayant aucuns biens, de prison de guerre ou cause non civile, ou pour la nourriture de son mari, de ses père, mère ou de ses enfants en extrême nécessité, elle ne la pourra retirer, sauf le recours de la femme sur les biens du mari, où il parviendrait à meilleure fortune, et non les biens des acquiseurs ». Cet article n'imposait pas à la femme l'obligation d'aliéner, aussi même dans les cas qu'il

prévoyait le mari n'aurait pas pu vendre le bien dotal de sa femme sans son consentement. Mais il n'exigeait pas que la femme qui voulait aliéner dans les mêmes circonstances obtint le consentement de son mari. On pensa qu'il y avait là un danger pour la femme, aussi l'article 128 des Placitez de 1666 décida que désormais elle ne pourrait aliéner ni hypothéquer ses immeubles dans les cas mentionnés en l'article 541 de la Coutume sans permission de justice et avis de ses parents.

Lorsque la femme a commis un délit (art. 544), le mari est déclaré civilement et personnellement responsable quand il la défend ; s'il la désavoue, il n'est pas tenu personnellement sur ses propres biens, mais la condamnation peut s'exécuter sur tous les biens de la femme, même sur les biens dotaux. Il est évident que l'acquéreur de ces biens vendus dans de telles conditions n'avait à craindre aucune éviction.

Pour en finir avec la coutume de Normandie, nous ferons remarquer que par la séparation de biens, la dot devenait complètement inaliénable entre les mains de la femme qui avait besoin de l'autorisation de justice pour faire les aliénations mentionnées dans l'article 541. Mais à l'égard des immeubles acquis depuis la séparation, la femme jouissait d'une capacité complète : ni son mari, ni le tiers acquéreur n'avaient de recours à redouter de sa part (art. 126 et 127 des Placitez).

Tel était dans ses traits principaux le système organisé par la coutume de Normandie. Quelles en ont été les ori-

gines ? Ce point est controversé. Les premiers commentateurs du Coutumier de Normandie et, de nos jours, Marcadé ont soutenu qu'il provenait du droit romain. Selon d'autres, il serait dû à Vicarius, l'un des élèves de l'école de Bologne qui, vers le ^{xii}^e siècle professa le droit romain à Oxford. M. Laferrière (*Hist. du droit franc.*, t. V, p. 640) a établi que le régime dotal normand avait sa véritable origine dans les coutumes de la Scandinavie, où, l'on trouve sur la constitution et la restitution de la dot, sur les droits du mari et de la femme les mêmes règles que dans la coutume de Normandie.

La différence profonde qui séparait le droit écrit du droit coutumier, notamment en ce qui concernait le contrat de mariage subsistait avec plus de force que jamais lorsqu'éclata la Révolution de 1789. Au nord, le régime de la communauté, au midi, le régime dotal étaient profondément entrés dans les mœurs et les habitudes ; et l'on pouvait encore à cette époque répéter avec raison ce que Pasquier avait dit trois siècles auparavant : « Interrogez ceux qui sont nourris aux pays de droit écrit, ils vous diront que la séparation de biens est sans comparaison, meilleure que la communauté, et ceux du pays de coutume donneront leur arrêt en faveur de la communauté de biens, tant à de tyrannie sur nous un long et ancien usage. » (Pasquier, *Recherches de la France*. liv. IV, ch. 21). Aussi, quand on commença les travaux qui devaient aboutir à la confection du Code civil, l'antagonisme ne manqua pas d'é-

clater entre les partisans des deux régimes rivaux. Les membres de la commission de rédaction appartenaient pour la plupart aux provinces coutumières ; aussi les quatre projets présentés en 1793, en l'an II, en l'an IV et en l'an VIII ne faisaient aucune mention du régime dotal. Le projet que la nouvelle commission présenta le 24 thermidor an VIII n'en parlait pas davantage. Ce silence donna lieu à une certaine agitation en Normandie et dans les provinces de droit écrit qui crurent voir dans l'ensemble des dispositions de la nouvelle loi l'intention d'anéantir le régime dotal. Des plaintes s'élevèrent ; les tribunaux protestèrent vivement au nom des anciens usages des pays de droit écrit. On finit par consentir à faire droit à ces réclamations et la section de législation présenta le 6 vendémiaire an XII un projet comprenant le régime dotal, mais comme simple convention pouvant modifier la communauté : le fonds dotal n'était pas inaliénable. Des discussions très vives eurent lieu à ce propos entre MM. Berlier, Portalis et Cambacérès et le projet fut renvoyé à la section de législation qui présenta enfin dans la séance du 4 brumaire an XII un chapitre consacré au régime dotal et rédigé conformément aux dispositions du droit écrit.

Mais s'il fut adopté, ce ne fut que comme régime exceptionnel. La communauté, après de longs débats, fut proclamée le droit commun de la France.

CHAPITRE II

DU RÉGIME DOTAL SOUS LE CODE CIVIL

« La dot, sous le régime dotal comme sous les autres régimes, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (art. 1540). »

La dot n'est donc pas le trait caractéristique du régime dotal, puisque, d'après les termes mêmes de cet article, il y a ou peut y avoir dot dans les autres régimes. Elle n'est pas de l'essence de ce régime, puisque, aux termes de l'article 1541, il n'y a de dotal que ce que la femme s'est constitué ou qui lui est donné en contrat de mariage. S'il n'y a pas eu de constitution, tous ses biens seront extradotaux et le régime dotal existera sans dot si le contrat de mariage stipule l'application des règles de ce régime pour les biens à venir. Ce qui, à notre avis, fait du régime dotal un régime distinct, c'est l'inaliénabilité qui frappe les biens constitués en dot, c'est la séparation absolue des patrimoines des époux, c'est enfin cette division des biens de la femme en deux classes : les biens dotaux, dont l'administration et la jouissance appartiennent au mari, les paraphernaux dont la femme a tout à la fois l'administration et la jouissance.

Sauvegarder avant tout les droits et l'intérêt de la fa-

mille, tel est le principe fondamental du régime dotal, telle est l'explication de ce régime d'exception, telle est la justification des dérogations qui sont apportées aux règles générales de notre droit. Ainsi sous le régime dotal la conservation et la restitution de la dot ne sont pas, comme sous le régime de la communauté pour les propres de la femme et sous le régime sans communauté pour tous ses biens, prescrites et réglées seulement à l'égard du mari et dans l'intérêt exclusif de la femme, mais encore à l'égard de la femme elle-même et dans l'intérêt de la famille. La femme même avec le consentement de son mari ne peut pas disposer de ses biens dotaux.

Mais tout en restreignant par l'inaliénabilité les droits du mari et de la femme sur les biens dotaux, le régime dotal donne au mari sur ces mêmes biens des pouvoirs plus étendus que ne lui en accordent les autres régimes d'association conjugale sur les propres de la femme. Le mari peut en effet exercer les actions réelles immobilières de celle-ci. Quelle en peut être la raison sinon que les biens dotaux ne sont pas réputés la propriété exclusive de la femme, mais bien plutôt la propriété de la famille ? Le mari n'agit plus alors en sa simple qualité d'administrateur des biens de son épouse, mais en sa qualité de chef de la famille.

On a adressé au régime dotal de vifs reproches et bon nombre de jurisconsultes le jugent peu favorablement : la libre circulation des biens est entravée, disent-ils, par le principe d'inaliénabilité consacré par l'article 1554. Les

tiers qui voudront entrer en relations d'affaires avec les époux sont exposés à des surprises et à des pertes par l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité des biens dotaux. Sans doute ce sont de graves inconvénients, mais il y a là un fait inhérent à toute institution humaine. Le régime de la communauté, régime que le législateur a choisi pour en faire le droit commun de la France serait-il donc exempt de tout reproche, lui qui sous prétexte de conserver l'union et la bonne harmonie dans le ménage permet au mari de dissiper la fortune de sa femme et par une juste compensation laisse à la femme, qui par des dépenses exagérées a compromis le patrimoine commun et causé la ruine de son mari, le droit de renoncer à la communauté, d'échapper ainsi au paiement des dettes qu'elle a contractées ou que son mari n'a contractées que pour elle, de reprendre sa fortune personnelle et de porter atteinte à l'honneur de la famille ! Les tiers ont-ils plus de garantie sous le régime de la communauté que sous le régime dotal ? Ne sont-ils donc pas suffisamment protégés dans tous les cas par la loi du 10 avril 1850 ? (Civ. art. 1391-1394).

Il est évident que le régime dotal sépare les intérêts des époux et favorise peu le crédit du mari ; mais d'abord on peut remédier à ces rigueurs, on peut introduire dans le contrat de mariage des tempéraments. Une société d'acquêts peut être stipulée.

Le Code lui-même apporte des exceptions dans certains cas au principe de l'inaliénabilité. Et puis les intérêts des

tiers, les intérêts des époux eux-mêmes doivent-ils donc l'emporter sur ceux de la famille? N'est-ce pas au contraire cet intérêt de la famille future qui doit être l'objet principal dans les conventions matrimoniales? Or le régime dotal est celui qui à ce point de vue offre le plus de garanties. Avec lui la famille est assurée de pouvoir subvenir à ses besoins, et le sort des enfants ne dépend plus des spéculations aventureuses du mari; cette sécurité n'est certes pas de nature à troubler la bonne harmonie entre les époux. Enfin « l'ordre public lui-même peut gagner à cette situation, car il importe à la société que la ruine ne vienne pas atteindre les familles opulentes et jeter dans la misère, si mauvaise conseillère, des hommes sans profession et sans moyens personnels d'existence, ce sont ces déclassés qui constituent le principal et le plus habituel péril de l'ordre au jour des grandes dissensions sociales, *pestis atque sentina reipublicæ*, disait autrefois Cicéron » (1) !

Avant de passer à l'étude du principe de l'inaliénabilité qui doit nous occuper spécialement, il importe de déterminer à quels biens il s'applique. L'article 1554 nous dit : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés » : Ce sont donc les biens dotaux qui sont frappés d'inaliénabilité. Mais quand pourra-t-on dire qu'un bien est dotal? Les articles 1541 et 1574 nous l'indiquent : « Tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire

(1) Daniel de Folleville. Des clauses de remploi et de la Société d'acquêts sous le régime dotal. *Revue pratique* t. 39 p. 184 et suiv.

(art. 1541). » — « Tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux (art. 1574). » Ainsi c'est la constitution de dot qui imprime aux biens le caractère de dotalité. Ceux qui dans le contrat de mariage ne sont pas compris dans la constitution continuent à appartenir à la femme en propriété et en jouissance. « Sous le régime dotal, la paraphernalité est la règle, la dotalité l'exception. »

C'est donc au contrat de mariage qu'il faudra se reporter pour apprécier l'étendue de la constitution de dot ; et quand on se trouvera en présence d'un cas douteux, on devra se prononcer contre la dotalité. Nous ne pouvons ici étudier dans tous leurs détails les règles qui régissent la constitution de la dot, toutefois il se présente à ce sujet des questions importantes que nous ne pouvons passer sous silence. Des auteurs (Merlin, Toullier, Duranton) ont enseigné que l'emploi des mots « régime dotal » pouvait seul créer la dotalité. Mais leur opinion n'a pas prévalu et aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence décident que si l'adoption du régime dotal doit être expresse, elle n'est pas assujettie à des termes sacramentels et peut résulter de stipulations équipollentes conformément aux lois 23. Dig. *De jure dotium* et 6 Cod. *De dotis promissione*. Ce qu'a exigé l'article 1392 en prescrivant une déclaration expresse c'est que la volonté des époux soit manifestée avec la plus grande évidence : « la simple déclaration que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal. »

Il n'y a là aucune idée de termes sacramentels. Aussi dirons-nous que si le contrat de mariage déclare dotaux et inaliénables tous les biens présents et à venir de la femme, il y aura soumission au régime dotal. Mais nous n'admettrons pas contrairement à la jurisprudence du parlement de Grenoble que le régime dotal puisse s'induire de la clause par laquelle la femme constitue son mari son procureur général et irrévocable.

La constitution de dot pas plus que la soumission au régime dotal n'est subordonnée à l'emploi de termes sacramentels. Tout ce qu'a voulu le législateur c'est que l'intention des époux soit exprimée clairement ; il n'a pas voulu qu'il puisse être question de constitution tacite, comme cela se passait en Droit Romain quand il y avait constitution par tradition, et il était d'autant plus important de ne pas laisser subsister de doute sur ce point que dans l'ancien droit les opinions étaient partagées. Ainsi Guy Pape estimait que l'on devait suivre les principes du Droit Romain : « *Juxta hoc quæro, mulier nubit viro, nullam dotem sibi constituendo expresse, an bona ipsius uxoris censeantur paraphernalia? Dic quod non; sed dotalia in dotem tacite constituta, si interveniat traditio* » (Quæst. 468, n° 13 et 499). Boucher d'Argis s'exprime ainsi : « Je distinguerais si par le contrat de mariage la femme s'est constitué nominément quelque chose en dot, auquel cas j'estime qu'il n'y a de bien dotal que ce qui est déclaré tel par le contrat de mariage, le surplus étant réservé en paraphernal suivant la maxime : *Inclusio unius est exclusio*

alterius. Mais s'il n'y a point eu de contrat de mariage, ou que dans le contrat il n'y ait aucune constitution de dot, et que néanmoins la femme ait fait une tradition effective à son mari des biens qu'elle lui a apportés lors du mariage ou qui lui sont échus depuis, en ce cas, je pense que tous les biens apportés par la femme sont de plein droit réputés dotaux, à moins que par une clause expresse ils ne fussent réservés en paraphernaux, et c'est là le cas dont j'ai entendu parler (Roussilhe, t. I. p. 165). Telle était la jurisprudence du Parlement de Paris, et la Cour de Lyon, par un arrêt du 14 août 1838, a décidé également que dans les pays de droit écrit, notamment à Grenoble, lorsqu'il n'y avait pas eu de contrat de mariage dressé lors de la célébration, les biens de la femme étaient dotaux et non paraphernaux, alors même que postérieurement au mariage il aurait été fait (comme le permettait la loi romaine, L. 1, Dig. *De pact. dotal.*) un contrat par lequel la femme se serait constitué en dot tous ses biens présents et à venir.

Dans certaines provinces, notamment dans celles du ressort des Parlements de Bordeaux et de Toulouse, la constitution tacite n'était pas admise, et lorsqu'il n'y avait pas eu de contrat de mariage les biens de la femme étaient paraphernaux. Mais, dans ces pays même, la jurisprudence, suivant le droit romain (L. 30 et 64, Dig. *De jure dotium*), reconnaissait qu'il pouvait y avoir constitution tacite dans certains cas déterminés, tel que le convol à de secondes noces, et les auteurs qui soutenaient la paraphernalité en l'absence de constitution ex-

presse partageaient cet avis ; si une femme s'était constitué une dot par contrat lors de son premier mariage et convolait à de secondes nocces sans faire une nouvelle constitution, ils admettaient que la dot constituée pour le premier mariage était réputée l'être pour le second, mais ne comprenait pas les biens échus postérieurement à la femme ; les époux d'ailleurs pouvaient déclarer vouloir ne pas admettre cette nouvelle constitution, *nisi probetur aliud convenisse* (L. 30, Dig. *De jure dot.*).

Nous assimilons à une constitution de dot la clause par laquelle les époux qui ont adopté le régime dotal déclarent se marier ou se prendre « avec leurs biens et droits », mais il est bien évident qu'il n'y a de dotaux que les biens présents, s'il n'est rien dit en ce qui touche les biens à venir (Tessier, I, p. 12). Il en sera de même de la clause par laquelle la femme après avoir adopté expressément le régime dotal se réserve comme paraphernal certain bien déterminé (Rodière et Pont, t. 2, n° 385), et il est bien évident que lorsque la femme mariée sous le régime dotal s'est expressément constitué en dot certains biens, les autres sont paraphernaux.

D'après l'article 1541 on considère comme bien dotal non-seulement tout ce que la femme se constitue mais encore ce qui lui est donné par contrat de mariage, s'il n'y a stipulation contraire. L'ancienne jurisprudence n'était pas d'accord sur la portée de la constitution faite par un tiers. Ainsi les Parlements de Bordeaux et de Toulouse exigeaient pour que les biens donnés fussent dotaux qu'il

eût été dit dans le contrat de mariage que la donation avait été faite « en faveur et contemplation du mariage, ou pour en supporter les charges » (Déclaration des avocats de Bordeaux du 10 sept. 1772. Tessier, t. I, note 39). Le Parlement de Paris jugeait au contraire que même avec cette stipulation les biens donnés n'étaient pas dotaux et restaient paraphernaux à la femme (Maleville t. 3, p. 311). La jurisprudence du Parlement de Grenoble était la plus large : non-seulement tout ce qui était donné par contrat de mariage était dotal sans qu'il fût besoin de la clause « en faveur et contemplation du mariage », mais on décidait encore que les biens donnés par un père à sa fille dans un contrat de mariage étaient réputés dotaux, quoique le contrat ne renfermât aucune clause de constitution de dot.

Aujourd'hui la question ne fait plus doute : il n'est pas nécessaire d'exprimer que la donation a été faite en faveur et contemplation du mariage ou pour en supporter les charges ; s'il n'y a pas de stipulation contraire, une donation faite en contrat de mariage est censée l'être pour supporter les charges qui naissent du mariage.

L'institution contractuelle doit être assimilée à la donation par contrat de mariage (Rod. et Pont, t. 2, n° 382). Remarquons toutefois que l'institution contractuelle doit produire son effet pendant le mariage. En effet les biens dotaux ayant pour but de subvenir aux charges du mariage, ils ne peuvent plus avoir cette destination si la femme n'en devient propriétaire qu'après la dissolution.

La promesse de donner faite dans le contrat de mariage doit également être assimilée à la donation et à l'institution contractuelle : les biens qu'elle comprend sont dotaux. Dans ce cas, en effet, promesse de donner ou d'instituer vaut donation ou institution (Tessier, t. 1, p. 26-27, — Troplong, n° 3036).

La promesse d'égalité faite à la femme dans son contrat de mariage constitue aujourd'hui comme sous l'ancienne jurisprudence une institution contractuelle. Cette promesse équivaut selon M. Tessier (t. 1, p. 28) à une institution pour une portion égale à celle des autres enfants existant au décès du disposant.

L'article 1541 considérant comme dotal tous les biens donnés en contrat de mariage ne fait aucune distinction en ce qui concerne le donateur. Pour les ascendants et les tiers il n'y a aucune difficulté ; mais l'article 1541 s'applique-t-il lorsque c'est le mari qui par contrat de mariage donne à sa femme ? MM. Tessier (t. 1, p. 15) et Troplong (t. 4, n° 3037), pensent qu'en ce cas il n'y a pas eu donation en faveur de la famille mais seulement en faveur de la femme et que dès lors les biens doivent être paraphernaux et non dotaux. Nous préférons l'opinion contraire soutenue par MM. Duranton (t. 15, n° 334) et Rodière et Pont (t. 2, n° 380). Il est en effet tout naturel de supposer que lorsqu'un mari fait une donation à sa femme, il entend employer les fruits aux charges du mariage. De plus, la loi ne distingue pas suivant que la donation émane du mari ou d'une autre personne : l'article 1541 déclare dotal tout ce

qui est donné à la femme par contrat de mariage ; c'est le cas où jamais d'appliquer l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* »

M. Tessier (p. 16) qui repousse la dotalité des biens donnés par le mari, résultant de la donation seule, l'admet lorsque la constitution dotale embrasse tous les biens présents et à venir de la femme. Pour lui, les biens sont alors dotaux, non en vertu de la donation, mais en vertu de la constitution générale dans laquelle ils sont compris. M. Troplong (n° 3039) n'admet pas cette exception.

Mais nous ne considérerons pas comme faisant partie de la dot le gain de survie constitué par le mari à la femme, à moins que le contrat de mariage n'ait assimilé à la dot les biens qui le composent. Le gain de survie n'échoit, en effet, à la femme qu'au décès du mari, c'est-à-dire à un moment où il ne peut plus être question de supporter les charges du ménage.

Les clauses qui déterminent les biens dotaux ne peuvent être modifiées à dater du jour de la célébration du mariage ; c'est l'idée qu'exprime l'article 1453, lorsqu'il nous dit : « La dot ne peut être constituée, ni même augmentée pendant le mariage. » Cette prohibition s'applique aussi bien aux étrangers qu'aux époux. Il résulte de là, que la condition de dotalité qui serait mise à une donation faite à la femme pendant le mariage serait réputée non écrite si elle était en opposition avec les clauses du contrat. Ainsi lorsque la constitution de dot ne comprend que les biens présents, un tiers ne pourrait pas au cours

du mariage faire à la femme donation à condition que les biens donnés deviendraient dotaux. Mais le donateur ne pourrait-il pas tout au moins, sans contrevenir à l'article 1543 attribuer à l'objet donné quelque une des qualités des biens dotaux, par exemple, stipuler que le bien donné sera inaliénable ? On a soutenu qu'une telle condition ne pouvait résulter d'une clause autre que celle insérée dans le contrat de mariage. Nous croyons cette opinion peu fondée. Il ne s'agit pas, en effet, d'attribuer après coup le caractère dotal au bien, objet de la donation ; sur ce point tout le monde est d'accord. Il s'agit uniquement d'empêcher le donataire d'aliéner le bien qu'on lui donne ; cela peut se faire sous tout régime. Aucune disposition légale ne le défend, et si nous nous reportons au projet du Code civil, nous voyons que la partie de l'article 138 qui déclarait nulle toute convention de ce genre a été retranchée ; c'est assez indiquer que le législateur n'a pas prohibé cette condition. Remarquons d'ailleurs que si la femme aliène le bien qu'elle a reçu, elle n'a aucune action contre l'acquéreur ; le donateur seul peut faire rescinder l'aliénation faite au mépris de la condition qu'il a imposée. Cette clause d'inaliénabilité est donc loin de produire les mêmes effets que l'inaliénabilité dotale.

Les accroissements naturels ne sont pas compris dans la prohibition de l'article 1543 : ainsi l'accroissement qui par alluvion vient s'ajouter au fonds dotal est dotal (Dumoulin, Cout^e de Paris, art. 1, glos. 5, n^o 115). L'île formée en face de ce fonds sera dotale également. La plus-

value qui pourra résulter de travaux d'amélioration, de la création d'un chemin de fer profitera à la dot. Et en vertu du même principe d'accession les constructions faites sur le fonds dotal deviennent dotales comme le bien lui-même. Mais pour les acquisitions contigues et par simple destination, on suit la doctrine des auteurs en matière de communauté : elles ne sont pas dotales (Pothier, Communauté, n° 194. — Lebrun, Communauté, liv. 3, ch. 2, sect. 1, dist. 7, n°s 7 et 8).

Si la dot ne peut être ni augmentée ni diminuée, elle ne peut pas davantage être modifiée après la célébration du mariage, conformément au principe général de l'article 1395. Ainsi lorsque la dot a été constituée en argent, l'immeuble donné en paiement de la dot n'est pas dotal. Le mari en est propriétaire et devient débiteur de la dot, à moins qu'il ne l'ait reçu au nom et pour le compte de sa femme, et que celle-ci n'ait ratifié l'acte fait en son nom, l'immeuble alors serait paraphernal mais resterait soumis à l'usufruit du mari. De même l'immeuble que la femme mariée acquiert des deniers dotaux n'est pas dotal, alors même que l'acte d'acquisition contiendrait déclaration d'emploi, si cette condition n'a pas été stipulée dans le contrat de mariage. (Il en était autrement en droit romain et dans les pays de droit écrit. LL. 54, Dig. 12, Cod. *De jure dotium*. — Cass. 20 février 1849. Dal. 49, 1, 87). Ce n'est pas en effet dans ces deux cas (art. 1553) l'immeuble qui est constitué en dot, mais bien une somme d'argent ; l'immeuble n'est que le moyen de réaliser le

paiement et en cas de restitution la femme a le droit de refuser l'immeuble et d'exiger sa dot en argent.

Cependant l'article 1559 nous présente un cas où la dot peut être modifiée pendant le mariage. L'échange de l'immeuble dotal est, en effet, permis sous certaines conditions : « l'immeuble reçu en échange sera dotal : l'excédant du prix s'il y en a, le sera aussi et il sera fait emploi comme tel au profit de la femme. » Le droit romain avait une disposition semblable (L. 27, Dig. *De jure dotium*), qui avait été adoptée par notre ancienne jurisprudence (Lebrun. *Communauté*, Liv. 3, ch. 2, sect. 1. dist. 1, n° 6).

L'immeuble que la femme aura été obligée de rapporter à la succession du constituant conservera son caractère de dotalité en rentrant dans le lot attribué à la femme (Pothier, *Cout. d'Orléans*, Introd. Tit. 17, n° 95). Mais s'il tombe dans son lot un immeuble autre que celui qui lui avait été constitué en dot, ce nouvel immeuble se trouvera-t-il affecté du caractère de dotalité qui frappait le premier ? La solution affirmative nous semble préférable. Comme le font très justement remarquer MM. Aubry et Rau (T. V, § 534, note 36, p. 541) : « on peut dire qu'il y a en pareil cas échange forcé.... Le système contraire présenterait les plus graves dangers, en ce qu'il permettrait à la femme de rendre tous ses biens aliénables au mépris de la constitution dotal, en acceptant la succession au lieu d'y renoncer pour s'en tenir à son don et même en omettant de faire usage du bénéfice de l'article 859 » (*Contra*, Tessier, t. 1, p. 269, n° 53).

Nous déciderons également avec MM. Aubry et Rau (*op. cit.*, p. 542) que le prix provenant de l'expropriation d'un fonds dotal pour cause d'utilité publique sera dotal et qu'il en sera de même du fonds acquis en remploi. Il y a là une aliénation nécessaire qui tombe sous l'application de l'article 1558 (Loi du 3 mai 1841, art. 13).

Des difficultés peuvent se présenter en matière de partage et de licitation. Supposons que la constitution de dot comprenne les biens présents et que parmi eux se trouve une part encore indivise dans une succession ouverte au profit de la femme et composée de meubles et d'immeubles. Il y a impossibilité d'appliquer le principe de l'article 832, en sorte que la femme a dans son lot, par exemple, plus d'immeubles qu'elle n'eût dû en avoir, si l'on avait pu procéder à un partage égal. Tous les immeubles seront-ils dotaux ou bien la dotalité ne frappera-t-elle que la part d'immeubles qui aurait dû échoir à la femme d'après l'article 832 ? Nous pensons que tous les immeubles seront dotaux. Qu'est-ce que la femme en effet a entendu se constituer en dot lorsqu'elle a apporté cette part de biens héréditaires ? Cela ne peut être que les biens tels que le partage les lui attribuerait.

Dans le cas où la femme devrait payer une soulte à son cohéritier, si cette soulte a été payée avec des valeurs de la succession, il y a là une opération de partage et la dotalité de tous les immeubles ne souffre pas d'exception. Mais si ce sont des valeurs appartenant à la femme qui ont servi à payer la soulte, la dotalité n'affecte les immeubles que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a pu rece-

voir, sans avoir besoin d'indemniser son cohéritier : le surplus sera paraphernal.

Supposons maintenant que la constitution de dot comprenne une part indivise d'un immeuble. Qu'arrivera-t-il si la femme se rend adjudicataire sur licitation de la totalité ? L'immeuble sera-t-il dotal pour le tout ? Il ne devient dotal que dans la proportion de la part primitive de la femme, le surplus sera paraphernal. Qu'on n'objecte pas l'article 883 et l'effet déclaratif du partage ? Cet argument ne saurait aller à l'encontre de l'article 1543 qui s'oppose à ce que la dot soit augmentée pendant le mariage. Il en serait de même et pour la même raison au cas où la constitution comprendrait tous les biens présents ; l'article 1543 est formel, et la femme ne peut éluder cette prohibition en se portant adjudicataire pour la totalité d'un bien dont elle ne possédait qu'une part lors de son mariage. Si le prix de licitation avait été payé avec les deniers dotaux, notre solution devrait encore être admise ; nous tombons en ce cas sous l'application de l'article 1553.

La question devient plus délicate si la constitution de dot comprend les biens présents et à venir : MM. Aubry et Rau soutiennent que même en ce cas l'immeuble n'est pas dotal pour le tout ; ils se fondent sur cet argument que « ce n'est pas seulement l'augmentation de la dot mais encore sa transformation qui se trouve formellement prohibée par les articles 1395, 1543 et 1553 » (*op. cit.* p. 544 texte et note 43). La doctrine contraire enseignée par la grande majorité des auteurs et suivie par la Cour de Cassation

(21 mars 1860 — Sir. 60-1-874), nous semble préférable : en effet, la constitution de dot comprenant les biens présents et à venir, on ne peut pas dire qu'il y a augmentation provenant d'une acquisition faite avec des deniers dotaux.

Dans le cas où ce serait le mari qui se porterait adjudicataire, il y aurait lieu à distinguer : s'il avait agi au nom de sa femme, et si ce qu'il a fait était ratifié par elle, nous appliquerions les solutions précédentes. Mais au cas où il aurait agi en son nom personnel, nous appliquerions les règles tracées par le Code en matière de régime de communauté, la situation étant exactement la même pour la femme ; elle aurait donc le droit d'exercer contre son mari le retrait d'indivision de l'article 1408. Mais dans l'immeuble retrayé, il n'y aurait de dotal que la portion que la femme y avait antérieurement ; l'immeuble ne serait dotal pour le tout que si la constitution de dot comprenait les biens à venir.

Nous avons vu que dans le droit romain classique le mari était propriétaire de la dot, *dominus dotis*, que ce droit de propriété s'était transformé, que dans certains cas la restitution était devenue pour lui une obligation purement personnelle et qu'enfin sous Justinien la loi 30 au Code (v. 12) déclarait le mari par fiction propriétaire de la dot bien qu'en réalité la dot appartint à la femme. A qui donc dans notre législation appartient la propriété des biens cons-

titués en dot? M. Troplong s'inspirant de la loi romaine et de passages de Donneau et de Pothier déclare que le mari est le maître de la dot, que son droit est un droit de quasi-propriété, qu'il a le domaine civil des biens dotaux et que la femme n'a sur eux qu'un droit naturel. Nous n'hésitons pas à repousser cette théorie : à notre avis la propriété de la dot appartient à la femme et à la femme seule. Le droit romain et l'ancien droit ne peuvent ici être utilement invoqués. Tessier, dans ses questions sur la dot, rapporte des arrêts des Parlements de Grenoble, d'Aix et de Toulouse qui reconnaissent la propriété de la femme et impliquent par conséquent l'abandon de la fiction romaine. Quant à nos anciens auteurs si Donneau et Pothier suivaient la doctrine romaine, nous trouvons dans Domat un passage qui la combat formellement (*Lois civiles*, 1, 9, sect. 1, § 4). « Le droit du mari consiste en ce qu'il a l'administration et la jouissance du bien dotal, que la femme ne peut lui ôter, qu'il peut agir en justice au nom de mari pour le recouvrer contre les tierces personnes qui en sont les détenteurs ou les débiteurs, et qu'ainsi il exerce de son chef, comme mari, les droits et les actions qui dépendent de la dot, d'une manière qui le fait considérer comme s'il en était le maître, mais qui n'empêche pas que la femme en conserve la propriété. Et ce sont ces divers effets des droits du mari et de ceux de la femme sur le bien dotal qui font que les lois (romaines) regardent la dot et comme un bien qui est à la femme et comme un bien qui est au mari. » M. Troplong est donc allé, il nous semble, un peu

loin, en affirmant que l'ancien droit admettait l'idée romaine : et nous ne voyons pas sur quel article de notre code l'éminent jurisconsulte a pu s'appuyer pour faire cette division de la propriété en domaine civil et domaine naturel. Sa théorie peut être très ingénieuse, mais nous la croyons absolument fausse : on est propriétaire ou on ne l'est pas. Or si nous nous reportons aux travaux préparatoires nous y trouvons clairement exprimée l'idée du législateur de laisser la femme propriétaire de sa dot. M. Siméon déclare que le mari n'est qu'un usufruitier, que la femme à la dissolution du mariage rentre de plein droit en la possession de ses biens dotaux, comme un propriétaire grevé d'usufruit y rentre par le prédécès de l'usufruitier (Locré, *Lég. civ.*, t. XIII, n^{os} 46 et 48) ; M. Duveyrier dit expressément que la dot est dans tous les mariages la propriété de la femme (Locré, *ibid.* n^{os} 51, 56, 57, 64 et 65) et M. Berlier parlant de l'interdiction d'aliéner appliquée au mari en donne pour raison que l'aliénation ne saurait être l'ouvrage de celui qui n'est pas propriétaire (Locré, p. 294). D'ailleurs le code lui-même vient à l'appui de notre opinion : l'article 1549 donne au mari l'administration des biens dotaux pendant le mariage ; on ne saisit pas l'utilité de cette disposition si le mari est propriétaire. L'article 1552 déclare que « l'estimation donnée à l'immeuble constitué en dot n'en transporte pas la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration expresse » : s'il faut une clause formelle pour que le mari soit propriétaire, c'est sans aucun doute qu'il ne l'est pas d'après le droit commun ; et s'il en

est ainsi pour l'immeuble estimé, à plus forte raison la propriété de l'immeuble non estimé ne passe-t-elle pas entre les mains du mari. Nous pouvons encore invoquer les articles 1555 et 1556 qui permettent à la femme autorisée de son mari ou de justice de donner ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants : la femme est donc propriétaire, car on ne peut donner valablement que ce dont on a la propriété.

Remarquons en outre que la loi a spécifié divers cas d'exception où le mari devient propriétaire : c'est, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une dot constituée en argent ou en choses qui se consomment *primo usu* ; lorsque la dot consiste en objets mobiliers estimés sans que la femme ait déclaré que cette estimation ne vaut pas vente (art. 1551, 1564, 1565). Ces articles par cela même qu'ils consacrent une exception ne présupposent-ils pas une règle contraire ? En résumé, il ressort avec la plus grande évidence de ces textes que c'est la femme et non le mari qui est investie de la propriété des biens dotaux pendant le mariage.

Mais si le mari n'est pas propriétaire, quel est donc son droit sur les biens constitués ? D'après l'article 1549 c'est un droit d'administration et un droit de jouissance. Ce sont les seuls droits que le mari ait en général à exercer sur les biens dotaux ; nous disons, en général, car nous venons de voir qu'il y avait des cas exceptionnels où la loi rendait le mari propriétaire des biens constitués en dot ; la femme n'a plus sur eux qu'un droit de créance garanti par son hypothèque légale.

Comme administrateur, le mari a les mêmes droits et les mêmes devoirs que tout administrateur : c'est lui qui poursuit les débiteurs et détenteurs des biens dotaux. Le droit du mari sous le régime dotal est donc plus étendu que sous le régime de communauté (art. 1428) puisqu'il peut exercer les actions réelles immobilières. Remarquons que ce droit du mari est exclusivement attaché à sa personne : « Il a seul le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs », dit l'article 1549 ; l'exercice des actions dotales ne saurait donc appartenir à la femme, même autorisée de son mari et, *a fortiori*, autorisée de justice seulement.

Le droit de jouissance du mari s'ouvre à la célébration du mariage et comprend tous les fruits naturels ou civils des biens dotaux. Mais il ne faudrait pas voir dans ce droit de jouissance un usufruit véritable, c'est un usufruit d'une nature toute spéciale. L'article 1562 soumet bien le mari, à raison de cette jouissance, à toutes les obligations de l'usufruitier ; il est seulement dispensé de fournir caution à moins de clause contraire au contrat de mariage (art. 1550). Mais ce droit est-il un droit réel ? Évidemment non. Il résulte en effet de l'article 1549 que c'est en sa qualité d'administrateur que le mari perçoit les fruits et les intérêts de la dot. Le mari, chef de l'association conjugale, doit subvenir aux besoins de la famille : tel est le fondement de son droit de jouissance, droit qui ne peut être ni aliéné ni hypothéqué.

CHAPITRE III

DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL

L'inaliénabilité du fonds dotal sous l'empire de la loi *Julia* avait eu pour but, comme nous l'avons vu plus haut, de favoriser les secondes noces et de remédier à la dépopulation occasionnée par les guerres qui avaient précédé le règne d'Auguste. Mais la prohibition d'aliéner n'était que relative, en ce sens qu'elle était sans effet si la femme consentait à l'aliénation ; seule la prohibition d'hypothéquer était absolue : elle ne pouvait être éludée avec le consentement de la femme.

Justinien abrogea cette distinction : désormais le mari ne put ni hypothéquer ni aliéner même avec le concours de sa femme : et le but que se propose l'empereur, c'est d'empêcher la femme qui pourrait céder aux entraînements de sa nature faible de se trouver tout à coup réduite à la misère par suite des dissipations de son mari : « *Ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* » dit la loi unique § 15. Cod. *De rei uxoriæ actione* et la Nouvelle LXI cap. I. § 2 exprime la même idée : « *muliere quippe mariti seductionibus facile decepta et facile propria negligente jura* ». Il n'est plus question de secondes noces, si la femme est protégée contre sa propre faiblesse c'est dans

l'intérêt de la famille : la dot devient vraiment inaliénable.

Le Code civil a reproduit le droit de Justinien. Le législateur français a pensé comme le législateur romain que la conservation de la dot des femmes intéressait à un haut degré les familles. Ce ne sont pas, comme autrefois la loi *Julia*, les secondes nocces qu'il a voulu encourager. Il les a vues au contraire d'un œil défavorable puisqu'il a enlevé à la mère qui convole en secondes nocces le droit de correction sur ses enfants du premier lit (art. 381), puisqu'il a privé de la jouissance légale la mère qui se remarie (art. 386), puisqu'enfin il fait perdre à la femme, qui contracte un second mariage, la tutelle sur les enfants du premier lit, si le conseil de famille ne la lui conserve (art. 395). Les rédacteurs du Code civil ont eu les mêmes vues que Justinien, et M. Siméon, en présentant au Tribunat les vœux du Corps législatif l'indique assez clairement : « l'inaliénabilité de la dot, modifiée par les causes qui la rendent juste et nécessaire et que la loi exprime à l'avantage d'empêcher qu'un mari dissipateur ne consume le patrimoine maternel de ses enfants, et qu'une femme faible ne donne à des emprunts et à des ventes un consentement que l'autorité maritale obtient presque toujours, même des femmes qui ont un caractère et un courage au-dessus du commun ».

Donc, protéger la femme et par cette protection conserver le patrimoine dans l'intérêt de la famille : tel est le but de l'inaliénabilité dotale.

Nous devons maintenant en rechercher le fondement ? Est-ce la propriété qui est indisponible ? Ou bien est-ce la

femme dotale qui a été frappée d'incapacité ? Le législateur a-t-il posé le principe de l'inaliénabilité de la dot parce que la femme mariée est incapable de l'aliéner, ou bien parce que les biens sont indisponibles en raison de leur destination qui est de subvenir aux besoins du ménage ? Cette question a donné lieu à de vives controverses. L'indisponibilité de la dot a été soutenue par M. Demolombe. Aucun texte, dit le savant professeur, n'a déclaré la femme mariée sous le régime dotal incapable de s'obliger : la capacité de la femme sous le régime dotal est régie par les mêmes règles que sous les autres régimes : incapable de s'obliger sans l'autorisation de son mari, elle devient avec cette autorisation aussi capable que si elle était libre. C'est l'article 1554 qui en interdisant d'aliéner a engendré l'inaliénabilité. « Il ne faut pas dire : la femme est incapable de s'obliger, donc ses biens dotaux sont inaliénables. Il faut au contraire renverser la proposition et dire : les biens dotaux sont inaliénables, donc la femme est incapable de s'obliger sur ces biens. En un mot, ce n'est pas l'incapacité de s'obliger qui engendre l'inaliénabilité, c'est au contraire l'inaliénabilité qui engendre l'incapacité de s'obliger » (Sirey, 1840, 2, 402, note). Les conséquences de ce système suffirent à le faire rejeter. L'inaliénabilité étant une conséquence de l'indisponibilité, cette indisponibilité cessant, l'inaliénabilité devra disparaître également : l'inaliénabilité va donc se trouver limitée à la durée du mariage ; aussitôt le mariage dissous, les obligations que la femme aura contractées pendant sa durée pourront être exécutées

sur les biens dotaux, or, comme nous le verrons plus loin, il est impossible d'admettre cette solution. De plus, avec le système de M. Demolombe, il faut décider que l'indisponibilité existe quelle que soit la cause de l'obligation de la femme : qu'il s'agisse de contrat ou de quasi-contrat, de délit ou de quasi-délit, nulle créance n'est exécutoire sur les biens dotaux, peu importe que l'obligation résulte ou non de la volonté de la femme, c'est là encore un point que nous n'admettrons pas.

Ceux qui soutiennent le principe de l'incapacité de la femme considèrent l'article 1554 comme une extension de l'article 1124 : « Les incapables de s'obliger sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées. » L'article 1554 applique ce principe à un cas particulier : la femme ne peut pas aliéner l'immeuble dotal, qu'elle soit autorisée ou non. La femme mariée est incapable ; et c'est précisément à cause de cette incapacité que le mari a seul l'administration des biens dotaux. Donc l'obligation contractée par la femme pendant le mariage est nulle et reste nulle après la dissolution ; à moins qu'elle ne soit née d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat, parce que dans ces cas ce n'est pas la volonté de la femme qui a créé l'obligation. Mais l'obligation contractée avant le mariage ne perd rien de son efficacité par suite de l'adoption du régime dotal par la femme. Enfin la ratification faite à la dissolution du mariage sera parfaitement valable.

M. Bertauld (Questions doctrinales et pratiques t. I, p. 517) admet l'incapacité, mais il croit devoir tenir

compte également de l'indisponibilité. « Nous reculons, dit-il, devant les extrémités auxquelles conduirait l'adoption exclusive d'une des deux idées : l'incapacité absolue ou l'indisponibilité absolue, l'obstacle personnel ou l'obstacle extérieur. Nous ne séparons pas ces deux idées, nous les tempérons, nous les bornons l'une par l'autre, nous ne les subordonnons pas l'une à l'autre, il n'y a pas entre elles d'ordre généalogique ; elles sont l'une et l'autre des effets directs, immédiats du contrat de mariage et de la loi qui autorise la stipulation du régime dotal. » Mais il est à remarquer que M. Bertauld en tenant compte à la fois de l'incapacité et de l'indisponibilité repousse les conséquences du système de l'indisponibilité pour admettre celles du système de l'incapacité ; ainsi d'après lui, l'obligation contractée par la femme pendant le mariage ne peut pas s'exécuter après sa dissolution sur les biens antérieurement dotaux, il reconnaît à la femme le droit de ratification, lorsqu'elle est devenue veuve, et il décide que les obligations résultant de délits ou de quasi-délits peuvent s'exécuter sur les biens dotaux. Tout en ne voulant pas subordonner une idée à l'autre, il en arrive à donner la préférence à l'idée d'incapacité ; il eut donc été plus simple d'admettre que les effets attachés au principe de l'inaliénabilité trouvent leur explication dans la seule incapacité de la femme.

Quel est en effet le point de vue auquel s'est placé le législateur ? Il a vu la femme cédant aux instances de son mari, et aliénant sous son influence ; il a pensé qu'elle serait impuissante à lui résister et il a voulu la protéger

contre les conséquences de sa faiblesse. C'est donc, comme le fait justement remarquer M. Labbé (*Revue critique*, 1856, t. 2, p. 5), dans la situation personnelle de la femme, dans sa faiblesse et son inexpérience que réside le principe du régime dotal ; « l'interdiction d'aliéner est donc une règle de capacité et l'on pourrait traduire ainsi la disposition de l'article 1554 : la femme mariée sous le régime dotal est dans l'incapacité d'aliéner, directement ou indirectement, le fonds qui lui a été constitué en dot. » On objecterait vainement qu'aucun texte ne parle d'une incapacité spéciale frappant la femme sous le régime dotal et que notre doctrine fait renaître l'incapacité inhérente au sexe telle que l'entendait le sénatus-consulte Velléien, car l'article 1123 porte : « toute personne est capable de contracter si elle n'est déclarée incapable par la loi », et nous sommes précisément dans une hypothèse où la femme est déclarée incapable. Y a-t-il là une résurrection du sénatus-consulte Velléien ? Où peut-on voir dans cette prohibition d'aliéner une déchéance tenant au sexe de la femme, quand au contraire c'est l'idée de protection qui domine en cette matière ? D'ailleurs la loi du 10 juillet 1850 vient à l'appui de notre système. Le paragraphe ajouté par cette loi à l'article 1391 est ainsi conçu : « Toutefois si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat la femme sera réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. » Le

législateur a voulu protéger les tiers contre l'inaliénabilité de la dot ; c'est la femme dotale qui est visée par cet article ; or pourquoi l'eût-il déclarée capable, si à ses yeux elle eût eu la même capacité que la femme mariée sous un autre régime ? Cette idée d'incapacité est exprimée à plusieurs reprises dans le rapport sur le projet de M. Valette : « L'incapacité résultant du régime dotal est dérobée à la connaissance du public... La femme dotale est placée pendant le mariage dans une sorte d'incapacité exceptionnelle ne pouvant plus s'engager valablement avec l'autorisation ou le concours de son mari. »

La femme est incapable d'aliéner directement ou indirectement le fonds dotal parce que le législateur n'a pas voulu qu'elle fût victime des entreprises ou de la dissipation de son mari : mais elle reste capable de contracter et de s'obliger avec l'autorisation maritale sur ses biens libres ou extradotaux ; elle ne pourra rien acquérir, car elle n'aura rien qui lui permette de faire des acquisitions, mais sa capacité n'en subsiste pas moins. L'incapacité de la femme n'est donc pas une véritable incapacité *personnelle* comme celle du mineur et de l'interdit, c'est une incapacité particulière, ainsi que le remarquait M. Valette, c'est ce qu'on a appelé une incapacité *réelle*. « En un mot il y a deux personnes dans la femme mariée sous le régime dotal : la femme *paraphernale*, libre, capable, avec ou sans l'autorisation de son mari, suivant les cas. la femme *dotale*, incapable, ne pouvant prendre en cette qualité que des engagements nuls,

aussi nuls que ceux que contracterait un mineur » (Conclusions de M. l'Avocat Général Massot, Sirey, 1840, 2, 405 note).

L'inaliénabilité qui est le caractère le plus saillant du régime dotal n'est cependant pas de son essence. L'article 1557 déclare en effet que l'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage. Mais si le régime dotal peut exister sans inaliénabilité, peut-on concevoir l'existence de l'inaliénabilité en dehors du régime dotal ? Pendant longtemps la doctrine et la Cour de cassation furent d'accord pour admettre l'affirmative ; mais cette solution fut contestée par MM. Troplong (Du contrat de mariage, t. 1, n^{os} 79 et 81, t. 2, n^{os} 1076 et 1085) et Marcadé (Explication du Code civil, t. VI. — *Revue critique* 1851, p. 224). « L'inaliénabilité est une exception, dit Troplong, elle ne peut dériver que d'une loi spéciale ; il n'appartient pas à l'homme de créer des biens indisponibles ; il est bien permis d'opter entre le régime de l'inaliénabilité et le régime de liberté ; mais quand on se déclare pour l'inaliénabilité, il faut la prendre telle que la loi l'a faite ; on ne saurait la transporter dans un régime qui y répugne... Si dans le régime dotal il est une partie du patrimoine de la femme qui est frappée d'inaliénabilité, c'est par la puissance de la loi..., l'inaliénabilité est une institution du législateur et non une combinaison de la volonté de l'homme... Or si la loi ne prononce l'inaliénabilité que pour la dot seulement, il faut donc quand on prétend imprimer l'inaliénabilité sur une partie des

biens de la femme, que le régime des époux soit nécessairement le régime dotal... Le régime dotal qui est un régime de prohibition et de gêne, a pu emprunter quelque chose à la communauté, régime de liberté, mais le régime de la communauté, qui vit par la liberté manquerait à son essence s'il allait prendre dans le régime dotal des prohibitions que la loi n'a pas créées pour lui.. L'article 1581, à défaut d'autre texte, pourrait servir à montrer la limite des alliances que le régime dotal peut faire avec la société des biens. »

Quelque spécieux que soient les arguments invoqués par MM. Troplong et Marcadé, nous ne saurions admettre leur opinion. Ils semblent en effet avoir perdu de vue le principe fondamental de la liberté presque sans limites des conventions matrimoniales : « Que la plus grande liberté y préside, disait en parlant du contrat de mariage M. Berlier dans son Exposé des motifs au Corps législatif, et qu'elle n'ait d'autres limites que celles que lui assignent les bonnes mœurs et l'ordre public. » Ce principe de liberté fut formulé de la manière la plus précise dans le premier article qui traite du contrat de mariage (art. 1387) : « La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et en outre sous les modifications qui suivent. » La liberté des conventions matrimoniales n'a donc d'autres limites que les dispositions prohibitives de la loi elle-même ou celles qui découlent des

principes fondamentaux de l'ordre public. C'est encore ce qui est écrit dans l'article 1497 en matière de communauté légale : « Les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires » aux prohibitions légales. Dans le contrat de mariage comme dans tout contrat c'est la convention qui fait la loi des parties. Les époux peuvent donc adopter toute espèce de conventions et emprunter aux différents régimes matrimoniaux les clauses qui leur semblent devoir servir le mieux leurs intérêts. En se mariant sous le régime de la communauté et en stipulant l'inaliénabilité des immeubles de la femme, les époux n'ont fait qu'user du droit qui leur est accordé par l'article 1387 de régler comme ils l'entendent leurs conventions matrimoniales. En quoi une telle clause peut-elle porter atteinte à l'ordre public ? Parmi les restrictions apportées par le Code en est-il une seule qui ait trait à la convention dont il s'agit ? M. Troplong invoque l'article 1581 qui ne cite qu'une seule modification pouvant être apportée au régime dotal : la stipulation d'une société d'acquêts. Il est bien évident que cet article est un simple exemple et n'a aucun effet limitatif ; la société d'acquêts a été mentionnée parce que c'était la modification la plus usuellement employée, c'est ce qui a été dit formellement au Conseil d'État (Exposé des motifs Berlier et Rapport Duveyrier. — Locré. Lég. civ. t. 13, p. 264 et s., 301 et s.) : « Sans doute les dispositions générales du projet de loi, sainement interprétées, eussent été suffisantes pour établir ce droit ou cette faculté (de l'article 1581) ; mais le Gouvernement

n'a pas cru qu'il dût en refuser l'énonciation précise, réclamée par quelques contrées de droit écrit où cette stipulation est fréquente. Cette mesure aura d'ailleurs le double avantage et de calmer les inquiétudes et de prouver formellement que nos deux régimes ne sont pas ennemis. »

Qu'on ne nous objecte pas que l'inaliénabilité ne peut exister qu'autant qu'il y a régime dotal et que la soumission à ce régime ne peut résulter que d'une déclaration expresse. Nous répondrions d'abord que dans notre hypothèse le contrat de mariage renferme une soumission expresse au régime dotal quant à la partie des dispositions de ce régime qu'il déclare adopter. En effet nous avons vu que si une déclaration expresse est nécessaire, l'emploi des mots « régime dotal » n'est pas obligatoire. Ce que le législateur a voulu c'est que la volonté des époux fût clairement exprimée; or lorsque les époux dans un contrat de mariage adoptant tout autre régime que le régime dotal ont déclaré formellement que les immeubles de la femme seraient frappés d'inaliénabilité, n'est-il pas évident qu'ils ont voulu adopter pour ces biens le régime dotal? « Par cette clause, les époux ont imprimé le caractère de dotalité aux biens constitués en dot et les ont soumis à toutes les conséquences de l'inaliénabilité » (Cass. 24 août 1836. Dalloz 1837, 1, 141).

Nous admettons donc que l'inaliénabilité qui de sa nature appartient au régime dotal, peut valablement être stipulée sous tout autre régime : « non-seulement cette conclusion est rationnelle et rigoureusement commandée par la logique, mais elle est en outre éminemment désira-

ble, soit parce qu'il importe toujours au plus haut degré de maintenir les conventions des parties et de ne pas détruire, surtout dans les contrats de mariage, les conditions sur la foi desquelles seulement elles sont engagées, soit parce que cette combinaison des principes du régime de la communauté et de l'inaliénabilité du régime dotal produit en définitive une convention matrimoniale excellente, qui emprunte à la communauté ce caractère confiant et conjugal qui unit les époux dans les mêmes espérances de fortune, sans pourtant livrer la personne de la femme à tous les périls auxquels ce régime tout seul ne la laisse que trop exposée » (Demolombe. *Revue critique*, 1851, p. 707).

Les clauses qui pourront être empruntées par les époux au régime dotal n'auront pas toutes la même précision que celle que nous venons d'étudier. En ce cas nous pensons avec la Cour de Cassation qu'elles doivent être interprétées d'une façon restrictive. Ainsi, s'il s'agissait de biens aliénables, mais à charge de emploi, nous déciderions qu'une clause de ce genre n'obligerait que le mari et ne produirait aucun effet à l'égard des tiers qui ne peuvent être responsables du défaut ou de l'insuffisance du emploi. Les Cours d'appel, celles de Caen et de Rennes notamment, n'admirent pas cette solution. Elles soutenaient qu'il y avait dans cette clause une prohibition d'aliéner directement ou indirectement ; le emploi seul pouvant valider l'aliénation en levant la prohibition. Mais la Cour de Cassation en audience solennelle a rejeté cette doctrine et a fait, selon nous, une juste application de la loi. En effet

sous le régime de communauté, le droit commun est la possibilité d'aliéner les propres de la femme. Si la femme veut y apporter une exception, c'est à elle de faire connaître d'une façon précise sa volonté, afin que les tiers sachent que ni elle, ni son mari ne peuvent faire d'aliénation. C'est en adoptant ces motifs que la Cour suprême a décidé : « que la clause qui permet d'aliéner à charge de remploi les propres de la femme ne fait qu'assurer à celle-ci certaines garanties pour le cas d'une vente volontaire, mais qu'il n'en ressort pas d'une manière absolue et pour les obligations qu'elle pourrait contracter personnellement que ses propres se trouvent frappés de l'inaliénabilité dotale » (Cass. 8 juin 1858. Sirey 1858, 1, 417 à 423).

Il nous faut maintenant étudier en lui-même le principe de l'inaliénabilité établi par l'article 1554 qui est ainsi conçu : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. » Ce sont donc les immeubles qui sont inaliénables (1).

(1). On a cependant agité la question de savoir si la règle de l'inaliénabilité ne devait pass'appliquer à la dot mobilière comme à la dot immobilière. Nous ne pouvons examiner dans tous ses détails ce point vivement controversé, nous serions entraînés trop loin de notre sujet. Toutefois, comme cette importante question s'y rattache d'assez près, nous indiquerons rapidement les trois systèmes auxquels elle a donné lieu. I. La Cour de Cassation distingue entre le mari et la femme. A l'égard du mari, la dot mobilière est aliénable : l'article 1549 donne au mari le droit d'administrer seul les biens dotaux, or ce droit implique celui de disposer; mais à l'égard de la femme la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière : la femme tant

L'article 1554 a visé les trois classes d'immeubles de l'article 517 : les immeubles par leur nature, les immeubles par destination et les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne les immeubles par nature. Les immeubles par destination qui ne sont immeubles que parce qu'ils sont attachés à un fonds à perpétuelle demeure ou pour le service et l'exploitation de ce fonds ne sont inaliénables qu'autant qu'ils n'en sont pas détachés. Sitôt qu'ils cessent d'y adhérer, ils échappent à la règle de l'article 1554. Les biens qui comme l'usufruit et les servitudes sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, quand ils sont compris dans une constitution dotale, sont inaliénables comme le serait l'immeuble lui-même qui en est l'objet. Les droits immo-

que le mari conserve l'administration de la dot ne peut aliéner ses meubles dotaux, l'autorisation du mari ou de justice est sans valeur. Après la séparation de biens la femme reprend le droit d'administrer, mais sans le droit de disposer ; elle ne peut faire que les aliénations nécessitées par une sage administration. Ce système est aujourd'hui admis sans contestation par la jurisprudence.

II. — Une autre opinion plus radicale considère la dot mobilière comme inaliénable non-seulement à l'égard de la femme mais encore à l'égard du mari. Le mari ne peut pas aliéner en dehors des limites de son mandat d'administrateur. Tant que le mari administre les biens dotaux, la femme ne peut pas aliéner ; après la séparation de biens elle ne le peut que dans les limites d'une sage administration (Rodière et Pont. Contr. de mar. t. II n° 494 et suiv. — Paul Pont, Revue critique 1853).

III. — La dot mobilière est aliénable. Le mari administrateur fait seul tous les actes d'administration ; mais pour les aliénations véritables, il doit avoir le consentement et le concours de sa femme. La femme qui est propriétaire des meubles dotaux peut les aliéner avec l'autorisation de son mari, ou de justice.

biliers qui sans reposer actuellement sur un immeuble se réfèrent néanmoins à un immeuble et doivent en procurer soit la propriété, soit quelque démembrement sont également inaliénables. L'article 526 comprend ces droits sous la dénomination d'actions qui tendent à revendiquer un immeuble. Il y a d'abord là une inexactitude : on pourrait en effet conclure de l'expression « revendiquer » que les actions réelles sont les seules actions immobilières qui doivent être considérées comme des immeubles ; or il est absolument certain qu'il en est de même des actions personnelles immobilières ; elles sont très rares, il est vrai, puisque le seul consentement des parties suffit pour transférer la propriété. La qualification de l'article 526 est en outre incomplète : car l'action n'est pas un droit, mais la mise en exercice d'un droit et aux actions en revendication, il eût dû ajouter la faculté de réméré (art. 1659) et celles de faire annuler (art. 1110, 1111, 1116), révoquer (art. 953) ou rescinder (art. 1674) l'aliénation d'un immeuble : ces actions quoique ne tendant pas à revendiquer un immeuble n'en sont pas moins cependant des droits immobiliers.

Enfin la règle de l'inaliénabilité trouve son application dans une dernière classe d'immeubles, composée des biens incorporels, qui, tout en ayant pour objet de l'argent, ont été immobilisés par une faveur spéciale de la loi. Ce sont les actions de la Banque de France (décret du 16 janvier 1808), les rentes sur l'État pour la formation des majorats (décret du 1^{er} mars 1808) et les actions de la Com-

pagnie des Canaux d'Orléans et du Loing (décret du 16 mars 1810).

L'inaliénabilité s'applique donc à tous les immeubles sans distinction, corporels ou incorporels ; mais à quelles personnes s'applique-t-il ?

D'après l'article 1554 la défense d'aliéner s'applique au mari, à la femme et à tous les deux conjointement.

La partie de ce texte relative au mari était complètement inutile. En effet on ne peut aliéner que ce dont on est propriétaire « *nemo dat quod non habet.* » Le mari n'est pas propriétaire de la dot : il est dès lors évident qu'il ne peut pas aliéner un bien qui ne lui appartient pas. Le législateur a reproduit la prohibition de la loi romaine sans songer que le mari n'était plus *dominus dotis*.

La prohibition relative à la femme était tout aussi inutile : la femme en effet est rangée dans la classe des incapables (art. 1124), les actes qu'elle fait sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 217 et 1304) sont frappés de nullité. Si elle a aliéné l'immeuble dotal, elle n'a pas besoin d'invoquer sa qualité de femme dotale pour faire annuler l'aliénation, il lui suffit de prouver sa qualité de femme mariée non autorisée de son mari ou de justice. Le Code de commerce nous fournit cependant (art. 7) une application de cette prohibition spéciale à la femme : selon le droit commun la femme marchande publique peut aliéner ses immeubles sans autorisation de son mari ou de justice ; sa qualité de femme dotale mettrait obstacle à l'aliénation et si elle avait aliéné, elle devrait pour faire

rescinder cet acte, invoquer l'article 1554 et non l'article 1304.

Mais ce n'est pas seulement au mari seul et à la femme seule que l'article 1554 interdit l'aliénation de l'immeuble dotal, il l'interdit encore aux deux époux conjointement : voilà la prohibition qu'il importait d'édicter. Sous les autres régimes, la femme incapable peut être relevée de son incapacité par l'autorisation de son mari ou de justice. Sous le régime dotal, l'autorisation du mari ou de justice est sans valeur ; l'immeuble ne peut pas être aliéné.

Quelle sera la durée de l'inaliénabilité ? D'après l'article 1554, c'est *pendant le mariage* que les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés. L'inaliénabilité commence donc avec le mariage : avant la célébration, il n'y a pas en effet de dot proprement dite. Il ne faudrait pas cependant en induire que la femme puisse d'une manière absolue aliéner les biens compris dans la constitution dotale dans l'intervalle qui sépare le contrat du jour de la célébration. Sans doute si pendant ce temps, la femme a disposé d'un immeuble, l'acte d'aliénation consenti par elle sera valable, le tiers acquéreur sera bien devenu propriétaire ; mais si l'aliénation porte atteinte au droit de jouissance du mari, la femme sera tenue de l'indemniser de la privation résultant de ce fait. Ceux qui voient un droit réel dans ce droit de jouissance arrivent forcément à conclure que le mari doit se conformer aux prescriptions de la loi du 23 mars 1855, et faire transcrire le contrat de mariage pour se mettre en mesure d'opposer au tiers acquéreur son

droit sur les biens dotaux. Pour nous qui n'avons pas admis que le mari ait un droit réel de jouissance, la transcription est inutile. Si l'aliénation faite par la femme ne portait que sur la nue-propriété, le mari n'aurait aucun recours à exercer contre elle : son droit de jouissance ayant été respecté, il ne saurait prétendre à une indemnité. Si c'était le mari qui dans l'intervalle du contrat à la célébration avait consenti la vente, elle serait évidemment nulle ; le mari aurait en effet vendu la chose d'autrui. Mais comme l'article 1549 le charge de poursuivre les détenteurs de la dot, c'est lui qui après la célébration devrait revendiquer l'immeuble contre l'acquéreur ; ce dernier ayant droit sans aucun doute à des dommages et intérêts.

L'inaliénabilité qui commence avec le mariage finit avec lui ; ce n'est qu'après sa dissolution que la femme recouvre la capacité de disposer de ses biens. Ainsi l'inaliénabilité subsiste alors même que la séparation de biens a été prononcée entre les époux. Cette solution qui est universellement admise aujourd'hui fut cependant contestée dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code civil. On invoquait l'article 1561 qui déclare que l'imprescriptibilité cesse après la séparation de biens, et, s'appuyant sur la corrélation existant entre l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité, on en concluait que l'imprescriptibilité disparaissant, l'inaliénabilité devait également disparaître. On se fondait encore sur la réglementation spéciale de la séparation de biens, et l'on soutenait que celle-ci une fois prononcée, les règles la concer-

nant devaient remplacer celles du régime dotal (Toullier, t. XIV, p. 253. Delvincourt, t. III, p. 114). Cependant ce système n'a pas prévalu : parce que le législateur a établi des règles pour la séparation de biens, il n'en est pas moins vrai que la femme a été mariée sous le régime dotal et que son contrat de mariage doit être respecté. La femme séparée recouvre la jouissance et l'administration de sa dot ; mais aucun texte ne lui rend le pouvoir d'aliéner ce que son contrat de mariage a stipulé inaliénable. L'argument tiré de l'article 1561 n'a pas plus de valeur : si l'imprescriptibilité cesse après la séparation de biens, c'est la conséquence du retour à la femme du droit d'administration et de jouissance. D'ailleurs on va trop loin en disant que le législateur a établi une corrélation absolue entre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ; l'article 1561 lui-même nous fait voir que si l'inaliénabilité s'applique à tous les immeubles dotaux, l'imprescriptibilité ne frappe pas ceux qui étaient en voie de se prescrire au moment de la célébration du mariage. L'inaliénabilité ne cesse donc qu'au moment de sa dissolution.

On a même peine à comprendre comment l'opinion contraire a pu être soutenue. L'article 1554 interdit d'aliéner les immeubles pendant le mariage. Le mariage ne survit-il donc pas à la séparation de biens ? Si l'on veut la preuve que telle était bien la pensée du législateur, l'on n'a qu'à se reporter à la séance du Conseil d'État du 13 vendémiaire an XII, où M. Portalis disait : « L'inaliénabilité n'existe et n'a de résultat que pendant le mariage, elle

s'évanouit aussitôt qu'il est dissous. » Au surplus lorsque des époux en sont réduits à se séparer de biens, il est assez raisonnable de supposer que les affaires du ménage ne sont pas dans un état florissant de prospérité ; la femme sera exposée à céder aux instances de son mari, elle pourra consentir à se dépouiller de ses biens dotaux ; il serait donc assez extraordinaire que le législateur ait cessé de protéger la femme précisément au moment où elle a le plus besoin de protection.

Nous venons d'examiner à quelles personnes s'applique l'inaliénabilité et quelle en est la durée. Nous devons maintenant nous demander quelle en est l'étendue. Quelle est la signification du mot « aliéner » employé par l'article 1554 ? Aliéner doit être entendu dans le sens le plus large et comprendre tout acte qui aurait pour but de transférer à un tiers soit la propriété totale ou partielle de l'immeuble dotal, soit même un démembrement de cette propriété. Il en était ainsi en droit romain : « *alienationem omnimodo accipere debemus* » dit la loi 14, § 6. Dig. XL, 9, et la même idée est exprimée par la loi 1 au Code *De fundo dotali* (V. 23). « *Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur.* » Ainsi, sauf les cas exceptionnels prévus par la loi, la prohibition de l'article 1554 s'étend à tous les modes d'aliénation.

La vente qui est le mode d'aliénation par excellence, est évidemment comprise dans cette défense d'aliéner. Il en est de même de l'échange et de la dation en paiement.

Si l'aliénation du fonds dotal à titre onéreux est inter-

dite à la femme, à plus forte raison la même interdiction s'applique-t-elle à la donation entre-vifs ; en effet donner c'est plus qu'aliéner, c'est perdre : « *Donare est perdere* » disaient les jurisconsultes romains (L. 7, Dig. *De donat.*) . Notre ancienne jurisprudence n'était pas d'accord à ce sujet : les Parlements de Bordeaux et de Provence notamment admettaient la validité des donations entre-vifs faites à des étrangers. Au parlement de Grenoble la question était incertaine. Aujourd'hui, il n'y a plus de difficulté ; tout le monde est unanime à reconnaître que la donation qui emporte un dépouillement actuel et irrévocable (art. 894) est une aliénation prohibée par la loi.

Mais la femme peut disposer par testament de ses biens dotaux ; la prohibition d'aliéner ne s'étend pas aux dispositions de dernière volonté. Dans la discussion du 13 vendémiaire an XII au Conseil d'État, M. Portalis ne fut nullement contredit lorsqu'il posa ce principe (Locré. Législ. t. XIII, p. 207, n° 35). Le testament, en effet, à la différence de la donation, est essentiellement révocable et ne doit produire, en tout cas, son effet, qu'à la mort du testateur (art. 895). Le testament ne saurait créer en faveur du légataire aucune espèce de droit, pas plus qu'il ne dessaisit d'aucun avantage celui qui en est l'auteur. Cet acte ne constitue donc pas une aliénation visée par l'article 1554.

Des difficultés se sont élevées en ce qui concerne l'institution contractuelle et la donation entre époux.

Des auteurs anciens et modernes ont soutenu que la

femme mariée sous le régime dotal pouvait disposer de ses immeubles dotaux par voie d'institution contractuelle (Chabrol, Cout. d'Auvergne, p. 200 et 387 — Roussilhe. De la dot, t. 1, n° 394. — Duranton t. 9, p. 724. — Tessier t. 1, p. 310, note 507), et leur doctrine a été consacrée par plusieurs arrêts de Cours d'appel (Grenoble 11 juin 51, *Journ. Pal.* 1852, t. 2, p. 495. Rouen 18 nov. 54 *ibid.* 55, t. 1, p. 379). Il y a analogie réelle entre l'institution contractuelle et le testament, analogie si grande que l'on peut définir cette institution un testament irrévocable. Cette aliénation n'a d'effet qu'à la mort de la femme, à un moment où la dotalité n'existe plus. Elle laisse intact le droit de jouissance du mari. Elle ne lèse pas le droit des enfants puisqu'elle tombe par leur survenance. Tels sont les arguments invoqués par les partisans de ce système. « Pourquoi, s'écrie M. Troplong (n° 3272) s'effaroucher d'une aliénation qui n'a d'effet qu'après la mort de la femme et qui pendant le mariage laisse les choses intactes. » Et la cour de Rouen dans son arrêt du 18 novembre 1854 exprime la même idée : « l'institution contractuelle dont l'effet est celui d'un testament irrévocable, atteignant seulement la succession de l'instituant, n'agit en aucune façon sur la dot considérée comme moyen de supporter les charges du mariage, puisqu'elle ne peut recevoir son exécution qu'à un moment où le mariage est nécessairement dissous, que pendant l'existence du mariage au contraire l'institution contractuelle laisse les biens dotaux affectés à leur destination quant aux revenus et susceptibles même

d'être aliénés dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi, d'où il suit qu'elle se concilie de tous points avec le régime dotal sous lequel était placé l'instituant. »

Ces arguments ne nous ont pas convaincu et nous pensons que la femme ne peut pas disposer de ses biens dotaux par institution contractuelle. Il y a là, selon nous, une aliénation qui tombe sous le coup de la prohibition de l'article 1554. Sans doute, l'institution contractuelle ne se réalisera qu'à la mort du donateur, mais elle n'en a pas moins un effet actuel d'une certaine importance : le donateur perd, en effet, le droit de disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution (art. 1083) ; son droit de propriété se trouvera donc amoindri ; il y a eu aliénation, or, toute aliénation est interdite à la femme dotale. Si dans l'ancien droit on permettait l'institution contractuelle, cela s'expliquait par son assimilation au legs et à la donation à cause de mort, mais dans notre droit, l'institution se rapproche bien plus de la donation entre-vifs que du legs : car elle est irrévocable. De plus, il n'est pas exact de dire que l'institution contractuelle laisse les choses intactes pendant le mariage : elle porte préjudice à la femme puisqu'elle la prive du droit de disposition à titre gratuit. Mais ce n'est pas seulement l'intérêt de la femme que le législateur a eu en vue lorsqu'il a décidé l'inaliénabilité de la dot, il a voulu sauvegarder l'intérêt des enfants, or l'institution leur porte préjudice, car leur mère ne pourra plus disposer pour leur établissement des biens com-

pris dans l'institution (Rod. et Pont, t. 2, n° 491. — Demolombe. *Revue critique*, 1851, p. 418).

La Cour d'Agen a motivé, en ce sens, un arrêt du 28 janvier 1856 (Dalloz, 56, 2, 96). Les considérants nous semblent établir son opinion d'une façon irréfutable : « placée par la loi au chapitre des donations faites par contrat de mariage, l'institution contractuelle ne saurait être assimilée à un testament, puisque l'auteur d'un pareil acte ne peut plus disposer à titre gratuit des biens donnés et que la faculté de révoquer le don lui est formellement interdite ; qu'ainsi le donateur aliène l'un de ses droits et n'a plus sur ses biens la plénitude de propriété dont parle l'article 544,.... peu importe que l'institution contractuelle n'ait d'effet qu'à la dissolution du mariage, parce que le principe de l'inaliénabilité des biens dotaux ne repose pas uniquement sur la nécessité de satisfaire aux charges du mariage,.... qu'il repose principalement sur la nécessité d'obvier à la faiblesse de la femme et à l'influence du mari qui pourrait lui surprendre soit des ventes de son bien dotal, soit des donations en faveur de quelque parent ou de quelque étranger. »

La prohibition de l'article 1554 ne s'applique évidemment qu'au cas où l'institué serait un étranger ; la femme a, sans aucun doute, le droit de disposer de ses immeubles dotaux au moyen d'une institution contractuelle au profit de ses enfants et petits-enfants ; elle devra seulement se conformer aux prescriptions des articles 1555 et 1556.

La question est plus délicate en ce qui touche la dona-

tion entre époux. La femme peut-elle disposer de ses biens dotaux en faisant une donation à son mari pendant le mariage ? L'affirmative enseignée par la grande majorité des auteurs est consacrée par la jurisprudence (Tessier, t. II. p. 311, Rod, et Pont t. II, n° 491. Cass. 1 déc, 1824. Caen 8 mai 1866. Dal. 67. 2. 161). Une telle donation équivaut à un testament et ne porte aucune atteinte au principe de l'inaliénabilité de la dot, elle est en effet essentiellement révocable, elle n'opère aucun dessaisissement réel et immédiat ; elle est subordonnée au prédécès de la donatrice : les intérêts de la femme ne sont donc pas plus compromis que si elle avait disposé de ses biens par testament. MM. Aubry et Rau, qui adoptent cette solution, font remarquer que si la femme venait à perdre l'usage de la raison, les intérêts de la famille pourraient se trouver gravement compromis, car la femme se trouverait dans l'impossibilité d'user de son droit de révocation et personne ne pourrait l'exercer en son nom ou de son chef. En ce cas le mari pendant le mariage, et après sa dissolution le tuteur de la femme, seraient autorisés à demander à titre de mesure provisoire ou de conservation, la remise entre leurs mains des fruits ou revenus jusqu'à concurrence des besoins de la famille (Aubry et Rau t. V § 537 note 15 p. 559).

Nous n'hésitons pas à rejeter cette solution ; à notre avis la femme ne peut pas pendant le mariage faire donation de ses biens dotaux à son mari, C'est, il nous semble, interpréter faussement la loi que d'assimiler la donation entre époux au testament.

D'après l'article 893, il n'y a que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : par donation entre-vifs ou par testament. Or c'est la loi elle-même qui donne aux libéralités entre époux la qualification de donations. Il serait assez bizarre que le législateur eût appelé donation un acte qu'il considérerait comme testament. Mais il y a plus : l'article 1096 *in fine* prend soin de nous dire que ces donations ne sont point révoquées par la survenance d'enfants. Cet article eût été bien inutile si la donation entre époux devait être considérée comme testament, car jamais les testaments n'ont été soumis à cette cause de révocation. Sans doute la donation entre époux est essentiellement révocable de la part du donateur, ce n'en est pas moins une donation entre-vifs qui lie le donateur au donataire, qui produit son effet *hic et nunc* ; or cet effet est de dessaisir actuellement et immédiatement le donateur, et de saisir le donataire du droit qui fait l'objet de la donation. « *Res fiunt ejus cui donatæ sunt* », disaient les jurisconsultes romains (L. 32 § 1. Dig. *De donat. int. vir et uxor.*). Nous pouvons le dire avec plus d'exactitude encore en droit français. La propriété des objets donnés est transférée au donataire indépendamment de toute tradition (art. 938), le mari devient donc immédiatement propriétaire des objets donnés ; la femme en perd immédiatement la propriété.

Les partisans de la doctrine que nous combattons posent en principe que la donation de biens entre époux devient caduque par le prédécès du donataire ; nous ne voulons pas discuter cette question ; nous ferons seulement

remarquer que la Cour de Cassation par un arrêt du 18 juin 1845 a décidé que le prélèvement du donataire ne rendait pas caduque une telle donation. Ce point est donc sujet à controverse ; mais si l'on admet la doctrine de la cour suprême, il semble difficile de ne pas voir dans cette libéralité une véritable aliénation. On nous objecte la possibilité de révoquer la donation, mais la révocabilité du contrat n'empêche pas qu'il y ait aliénation et c'est précisément cette aliénation qui est interdite à la femme. D'ailleurs aurait-elle une liberté suffisante pour exercer son droit de révocation ? Nous ne le pensons pas. Il est assez probable que le mari usera de son influence pour empêcher sa femme de revenir sur la libéralité qu'elle lui aura faite et la femme bien souvent ne révoquera pas sa donation pour ne pas jeter le trouble dans la famille. Aussi est-il plus conforme à l'esprit du régime dotal d'interdire à la femme la donation entre époux (Demolombe, *Revue critique* 1851 p. 415).

Ce n'est pas seulement l'aliénation totale que prohibe l'article 1554, mais une aliénation même partielle, tout démembrement de propriété, toute constitution de droits réels tendant à amoindrir la propriété. La femme ne saurait donc consentir à l'établissement sur le fonds dotal d'un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation ou de servitudes réelles. Elle ne pourrait pas non plus renoncer gratuitement ou moyennant un prix à une servitude existant au profit de sa propriété et si elle laissait prescrire une servitude déjà acquise, elle devrait être considérée comme ayant

aliéné. En un mot tout ce qui tend à grever ou à diminuer le fonds dotal est une aliénation.

Mais ce que nous venons de dire ne s'applique en ce qui concerne les servitudes qu'aux servitudes conventionnelles et non aux charges imposées par la loi aux immeubles en dehors de toute convention. L'immeuble dotal, quel que soit le désir du législateur d'en assurer la conservation, ne pouvait pas être soustrait à ces obligations qui sont imposées par la nécessité publique ou privée, par les besoins du voisinage ou par la situation des lieux. Il sera donc soumis, par exemple, à l'exercice du droit de mitoyenneté et à la servitude de passage en cas d'enclave. Toutefois, en ce dernier cas, si plusieurs fonds entouraient l'immeuble enclavé, le passage ne pourrait être établi sur le fonds dotal qu'autant que ce fonds serait le plus court chemin entre l'immeuble enclavé et la voie publique (art. 683).

Il est un certain nombre d'actes ou d'engagements qui sortent de la classe des actes d'administration ou d'aliénation ordinaire et dont le caractère plus ou moins incertain a donné lieu à quelques difficultés que nous allons examiner rapidement.

Tout d'abord les époux peuvent-ils transiger sur des contestations relatives aux immeubles dotaux ? Le droit romain considérait la transaction comme une véritable aliénation (L. 1, § 9, Dig. 38, 5. — L. 4, Cod. 5, 71) et l'article 2045 de notre Code a reproduit l'idée exprimée par le vieil adage : *Qui transigit, alienat.* « Pour transiger, dit en

effet cet article, il faut avoir la capacité de disposer des biens compris dans la transaction. » Or, les époux ne peuvent pas disposer des biens dotaux, ils ne peuvent donc pas valablement transiger sur des contestations qui y seraient relatives. Cette conclusion doit-elle être admise d'une manière absolue ? Des doutes se sont élevés dans l'esprit de certains jurisconsultes au cas où la transaction amènerait non plus la perte de tout ou partie de l'immeuble dotal, mais conserverait le fonds à la femme moyennant une obligation pécuniaire ou tout autre sacrifice mobilier. MM. Tessier (t. 1, note 566) et Troplong (n° 3127) notamment pensent que les circonstances de fait doivent être prises en considération et qu'on peut décider qu'il y a là un acte de sage administration. L'ancienne jurisprudence vient à l'appui de cette opinion : elle faisait une distinction entre les transactions qui entraînaient une dépossession de la chose litigieuse et celles où le possesseur n'était pas dépouillé. Au premier cas, la transaction emportait aliénation : *alienare videtur qui de re immobili transigit, rem dimittendo* (d'Argentré, Cout° de Bret. art. 419, 9, l. 2, n° 12, p. 1671) ; dans le second la prohibition de transiger n'entraînait pas celle d'aliéner bien que celui qui gardait la possession de l'objet contesté payât indemnité à son adversaire ; la transaction était donc valable lorsqu'elle n'emportait pas dépossession de l'immeuble litigieux, et il en était ainsi à l'égard soit du tuteur soit du mari pour les biens qu'ils ne pouvaient aliéner en général que par décret de justice. Devant les termes formels de l'article 2045, il

ne nous semble pas possible d'admettre cette solution ; le Code ne fait aucune distinction : il exige pour transiger la faculté de disposer et les époux en sont privés par l'article 1554.

On s'est encore demandé si la transaction faite avec les formalités prescrites par l'art. 467 pour les biens des mineurs serait valable. La loi, a-t-on dit, autorise à transiger, non seulement au nom des mineurs, mais encore au nom des communes et des établissements publics à la condition seulement d'observer certaines formalités, il paraît dès lors impossible d'admettre que la femme mariée sous le régime dotal fasse seule exception à cette règle générale (Rod. et Pont. t. 2, n° 568). Cet argument ne nous paraît pas concluant et même en ce cas nous refusons aux époux le droit de transiger. La transaction contient une véritable aliénation et l'aliénation de la dot ne peut avoir lieu que dans les cas expressément prévus par la loi, cas parmi lesquels ne figure pas la transaction (Tessier t. 1, note 566 p. 367).

Si les époux ne peuvent pas transiger, ils ne peuvent pas davantage consentir à un compromis, c'est-à-dire soumettre à une décision arbitrale une difficulté survenue relativement aux biens dotaux. En effet pour compromettre comme pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer du bien, objet du litige (art. 1003 C. Proc. civ.), or ce bien est inaliénable. De plus on ne peut pas compromettre sur les contestations sujettes à communication au Ministère Public (art. 1004, C. Proc.), or les causes intéressant la

dot des femmes mariées sous le régime dotal sont sujettes à cette communication (art. 83 § 6, C. Proc.).

Il faut décider encore que le mari, soit seul, soit avec le concours de sa femme ne peut acquiescer à une demande qui a pour résultat d'amoindrir la dot.

Si l'acquiescement des époux ne peut préjudicier à la dot, il doit en être de même de leur désistement portant sur le fonds du droit. En ce qui concerne le désistement qui ne porte que sur l'instance, le mari ayant le droit d'engager seul le procès peut aussi se désister seul, comme il peut laisser tomber l'instance en péremption (Rod. et Pont. t. 2, n^{os} 571 et 572).

La femme autorisée de son mari peut-elle, dans le cas où elle s'est constitué en dot ses biens présents et à venir, accepter une succession qui lui échoit ? Peut-elle y renoncer ? Elle peut évidemment accepter, car elle augmente ainsi sa dot ; mais on a soutenu que la femme dotale ne pouvait pas renoncer, parce que renoncer c'est aliéner. Nous pensons au contraire que cette renonciation est permise à la femme. Renoncer, en effet, n'est pas aliéner, car d'après l'article 785 celui qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier ; en renonçant la femme a seulement perdu l'occasion de s'enrichir ; de plus l'inaliénabilité ne peut pas avoir pour effet de la rendre héritière malgré elle : en droit français il y a que des héritiers volontaires.

Mais au cas d'acceptation, l'inaliénabilité n'a-t-elle pas pour effet de soustraire la femme soit vis-à-vis de ses cohéritiers au rapport des sommes qui lui ont été données par

le défunt et de celles qu'il a employées au payement de ses dettes, soit vis-à-vis d'un légataire de la quotité disponible à la réunion fictive de ces mêmes sommes et à leur imputation sur sa réserve? M. Labbé a examiné la question (*Revue prat.* 1859. t. 7. p. 502, n° 32) et a conclu que l'égalité entre cohéritiers devait l'emporter sur l'inaliénabilité de la dot. La Cour de Cassation a admis ce principe et décidé en conséquence que « sous une constitution de dot comprenant les biens à venir les règles exceptionnelles du régime dotal ne s'appliquent quant aux biens à échoir par succession qu'à ceux de ces biens qui après observation des règles sur les rapports et la réunion fictive, sont effectivement échus à la femme » (12 nov. 1879. *Dalloz*, 80. 1. 49). Cette solution est la seule admissible. Comme le fait en effet remarquer très justement M. Labbé, l'article 1573 dispense pour un cas exceptionnel la femme dotale du rapport de la dot, c'est donc qu'en principe elle est soumise à ce rapport. Et si elle y est soumise pour les dons, il n'y a pas de raison de l'en dispenser pour les sommes qu'elle peut devoir au défunt. Il serait assez inique que ses cohéritiers dussent éprouver un préjudice parce qu'il lui aura plu de se marier sous le régime dotal, d'autant plus qu'ils continuent à être soumis au rapport pour leur compte personnel. M. Labbé fait enfin remarquer que l'inaliénabilité ne frappe que les biens déjà acquis par la femme, mais que, en ce qui touche leur acquisition, elle reste soumise aux règles du droit commun.

Nous nous trouvons cependant en présence d'une grave

objection dont l'argument juridique que nous venons de citer ne nous paraît pas triompher d'une façon décisive. Nous laissons de côté le cas d'un don fait à la femme ; mais lorsqu'il s'agit de sommes avancées pour l'acquittement de dettes au paiement desquelles le patrimoine dotal ne se trouve pas affecté, leur rapport ou leur imputation ne va-t-il pas amoindrir la dot ? Sur quel principe s'appuie-t-on pour n'appliquer l'inaliénabilité aux biens à venir qu'après leur transformation en biens présents suivant les règles propres à tel ou tel mode d'acquisition ? n'est-ce pas du jour même où ils ont été constitués en dot que les biens à venir sont soumis au régime de la dotalité ? et en conséquence l'acquisition elle-même de ces biens ne doit-elle pas être garantie contre les suites des obligations qui pourraient en amoindrir l'importance ? On a essayé de démontrer (Bertauld. Quest. prat. et doctr. t. I, p. 510 § 3) que l'imputation demandée à la fille dont le père a payé la dette n'amoindrissait pas la dot, l'objection à notre avis n'a pas été écartée. L'argument concluant selon nous est que la règle de l'inaliénabilité cesse de recevoir application toutes les fois qu'il est question d'obligations légales. Or le rapport est au premier chef une obligation légale, imposée dans le but de maintenir entre cohéritiers l'égalité qui forme la base de notre système successoral, obligation dont le donateur peut dispenser le successible, mais à la sanction de laquelle celui-ci ne peut pas se soustraire en adoptant tel ou tel régime matrimonial.

Restant toujours dans l'hypothèse de l'acceptation d'une

succession, nous avons à nous demander si le mari à qui le législateur a commis le soin de veiller à la conservation des biens de la dot peut procéder sans le concours de sa femme à un partage définitif dans lequel la dot est intéressée. Pour lui donner ce droit, on a invoqué l'article 1549 qui accorde au mari seul l'exercice des actions dotales ; l'action en partage, a-t-on dit, est une action comme une autre, qui doit par conséquent appartenir au mari. Nous n'admettons pas cette solution. L'article 818 ne permet au mari de procéder seul au partage des biens de sa femme que si ces biens tombent en communauté : la femme doit intervenir chaque fois qu'il s'agit de biens qui lui restent propres. Il est vrai que lors de la rédaction de cet article, on ne songeait pas encore au régime dotal, mais les raisons de cette décision sont les mêmes sous ce régime que sous un autre. L'ancien droit d'ailleurs exigeait l'intervention de la femme (Roussilhe. De la dot n° 409). Sans doute le partage alors était translatif de propriété, mais de ce que les rédacteurs du Code l'aient rendu simplement déclaratif, il ne s'ensuit pas qu'ils aient entendu attribuer au mari le droit de provoquer seul le partage des biens dotaux de sa femme.

Ceci posé, se présente la question de savoir comment doit se faire le partage ? La femme peut-elle avec le concours de son mari procéder à un partage amiable de ses biens dotaux ? Le partage au contraire doit-il être fait en justice ?

Pour exiger un partage judiciaire, on a soutenu que le

partage en lui-même contenait une véritable aliénation et que la fiction de l'article 883 ne devait comme toute fiction produire son effet que dans les circonstances pour lesquelles elle avait été établie : on a invoqué les articles 465, 817, 818 et 838 qui refusent expressément aux représentants des personnes incapables le droit de procéder à un partage amiable et on s'est demandé si rationnellement les époux mariés sous le régime dotal pouvaient seuls faire exception à cette règle. On s'est fondé enfin sur l'article 1558 qui n'autorise les époux à procéder à la licitation d'un immeuble dotal indivis et impartageable qu'avec l'autorisation et en observant les formalités de justice (Rod. et Pont t. II n° 569. Tessier t. I, p. 412). Nous préférons le système qui admet la validité du partage à l'amiable. Comment en présence de l'article 883 qui répute « chaque cohéritier avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession » peut-on soutenir que la femme aliène lorsqu'elle procède à un partage ? Si l'article 1558 exige l'intervention de la justice, ce n'est que pour le cas de licitation : il ne vise pas le partage. Remarquons de plus que l'article 819 n'excepte point les femmes mariées sous le régime dotal du droit accordé à tous les héritiers majeurs de procéder au partage dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenable, et que l'article 838, plus explicite, n'oblige à faire le partage en justice que dans le cas où tous les cohéritiers ne sont pas

présents et dans celui où il y a parmi eux des interdits ou des mineurs. Il serait par trop rigoureux d'imposer à la femme de recourir aux formalités d'un partage en justice alors que cette obligation n'est écrite dans aucun texte (Duranton t. XV, n° 506. Troplong n° 3112).

Si, au cours du partage, des difficultés s'élevaient entre les copropriétaires ou les cohéritiers, il faudrait alors recourir à la justice, car il s'agit de biens dotaux et nous savons qu'il n'est permis ni de transiger, ni de compromettre sur des contestations relatives à ces biens.

Nous avons vu que la femme pouvait disposer de ses biens dotaux par testament sans avoir besoin de l'autorisation de son mari ou de justice. La femme pourra donc également en disposer par un partage d'ascendant fait par acte testamentaire. Mais pour faire ce partage entre-vifs, elle devrait se conformer aux dispositions des articles 1555 et 1556. L'article 1075 autorise bien les père et mère à opérer entre leurs enfants et descendants le partage anticipé de leur fortune ; toutefois si ce pouvoir leur est retiré par une autre disposition de la loi dans un cas déterminé, il est évident qu'ils ne peuvent plus l'exercer, or, ce partage entre-vifs n'est autre qu'une donation qui va transmettre aux enfants le droit de propriété de la femme : il y a là une aliénation du fonds dotal. On a objecté que ce n'était pas une aliénation ordinaire, les enfants étant en quelque sorte les copropriétaires du fonds. Nous répondrons d'abord que l'idée de copropriété des enfants est inexacte : du vivant de leurs parents ils n'ont aucun droit sur leurs biens.

De plus l'aliénation des biens dotaux est défendue aussi bien au profit des enfants de la femme qu'au profit des étrangers, puisque le législateur a déterminé les cas exceptionnels où l'aliénation serait permise au profit des enfants.

A la défense d'aliéner le fonds dotal, l'article 1554 ajoute celle de l'hypothéquer. Cette disposition était inutile : la défense d'aliéner comprend en effet celle d'hypothéquer, car il faut pour hypothéquer avoir la capacité d'aliéner (art. 2124).

Aux termes de l'article 2121 les créances de la femme contre son mari relativement à sa dot sont garanties par une hypothèque légale qui grève tous les biens de ce dernier. La femme dotale pourra-t-elle y renoncer ? Non, en principe. Mais devrait-on donner la même solution dans les cas où par suite de circonstances de fait, la créance de la dot immobilière se sera changée, légalement ou illégalement, en une créance mobilière ?

Pour ceux qui admettent l'indisponibilité de la dot mobilière, aucun doute n'est possible : jamais la femme ne peut renoncer à l'hypothèque légale ; pas plus qu'elle ne peut renoncer à l'action en reprise garantie par cette hypothèque.

Ceux qui pensent au contraire que la dot mobilière est aliénable déclarent également aliénable en vertu du principe *accessorium sequitur principale*, et par conséquent susceptible de renonciation, l'hypothèque qui en garantit la restitution (1), et c'est alors que surgit la difficulté que

(1) Cela toutefois est contesté : tout en admettant l'aliénabilité de la dot mobilière, on a soutenu que l'hypothèque qui en garantit la restitution est

nous prévoyions : si la créance de la dot immobilière s'est transformée en une créance de meubles, l'hypothèque qui assurait la restitution des immeubles et qui alors n'était pas susceptible de renonciation, est-elle devenue cessible et susceptible de renonciation ?

Examinons les hypothèses où cette transformation pourrait s'opérer. On peut supposer d'abord que l'immeuble dotal a péri par la faute ou par le fait du mari. Celui-ci est alors débiteur du prix. La femme peut-elle renoncer à l'hypothèque qui en garantit le paiement ? En faveur de l'affirmative on fait remarquer que si la femme ne peut pas renoncer en principe à l'hypothèque qui garantit la restitution de sa dot immobilière, c'est précisément parce que cette hypothèque a la nature de droit immobilier comme la créance dont elle est l'accessoire. Si donc cette cause vient à prendre fin, si la créance cesse d'être immobilière, l'hypo-

incessible : on s'est appuyé sur cette raison que l'hypothèque est un droit immobilier. Cette idée nous paraît exacte, mais il faut remarquer que cela n'a d'importance que lorsqu'il s'agit de renoncer à l'hypothèque indépendamment de la créance garantie. En pratique, c'est ce qui se produit en matière de faillite, lorsqu'il y a vote au concordat. Ce vote en effet emporte renonciation aux sûretés affectées au paiement de la dette. Dès lors on s'est demandé si la femme dotale, dûment autorisée, pourrait voter au concordat de son débiteur. Elle ne le peut pas, a décidé la jurisprudence, parce que l'hypothèque est un droit immobilier et partant inaliénable (Cass. 26 mai 1851. Dalloz. 51. 1. 285). Mais la plupart du temps, la renonciation à l'hypothèque accompagne la cession de la créance garantie, et dans ce cas, en qualité de droit accessoire, elle devient cessible dès que le droit principal est cessible. C'est en ce sens que l'on peut dire que l'hypothèque légale, en tant qu'elle garantit la restitution de la dot mobilière, est cessible par cela seul que la dot mobilière est aliénable.

thèque change aussi de nature et devient un droit mobilier ; dès lors, si la femme peut disposer de sa dot mobilière, elle peut aussi disposer de cette hypothèque et en particulier y renoncer.

Cette solution ne nous paraît pas juridique. Remarquons bien que la femme, restée propriétaire de ses immeubles dotaux, n'aura jamais à faire usage de son hypothèque légale pour en réclamer la restitution. Il lui suffira d'affirmer son droit, c'est-à-dire de revendiquer. A quoi donc lui sert quant à la dot immobilière cette hypothèque légale ? Elle ne lui sert qu'à être sûrement indemnisée en argent lorsque la revendication des immeubles est devenue impossible, comme dans l'espèce supposée, ou lorsque la femme préfère ne pas user de cette action. C'est donc toujours en fait le paiement d'une somme d'argent que garantit l'hypothèque légale et si le raisonnement ci-dessus était exact, il en résulterait que la femme pourrait toujours et dans tous les cas renoncer à l'hypothèque. Elle ne le peut pas au contraire, non pas par cette raison que l'hypothèque est un droit immobilier, mais parce que cette hypothèque a le même but que l'inaliénabilité dotale, c'est-à-dire la conservation de l'intégrité du patrimoine de la femme. L'inaliénabilité ne met pas toujours la femme suffisamment en garde contre tous les actes que peut accomplir son mari, l'espèce que nous venons de supposer nous le montre ; or, l'hypothèque la protège justement là où l'inaliénabilité cesse d'être efficace. Il ne faut donc pas dire : là où l'hypothèque garantit une créance immobilière, elle est immobilière

et la femme ne peut y renoncer ; il faut dire : là où l'hypothèque garantit la restitution d'une portion indisponible du patrimoine, cette hypothèque est elle-même indisponible ; là où elle ne garantit que la restitution de choses dont la libre disposition était laissée aux époux, la femme peut renoncer à l'hypothèque.

Ce principe va nous servir à résoudre l'hypothèse que nous avons prévue et celles qui lui sont analogues. Nous supposons que l'immeuble dotal a été détruit par le fait du mari. Il s'agit là, dirons-nous, d'une portion indisponible du patrimoine de la femme : l'hypothèque garantissant la restitution de cette portion indisponible est elle-même indisponible, et la femme ne peut pas y renoncer.

Supposons maintenant que le mari a illégalement aliéné un immeuble inaliénable. La femme peut agir en révocation contre l'acquéreur (art. 1560), mais si elle le préfère, elle peut, comme nous le verrons plus loin, agir hypothécairement contre son mari en paiement du prix de l'immeuble. Pourrait-elle renoncer à l'hypothèque qui garantit la créance de ce prix ? Non, puisque le bien à raison duquel la femme exerce son hypothèque était indisponible.

Mais l'aliénation de l'immeuble dotal a pu être permise par la justice et faite légalement dans les conditions prévues par le législateur. Le mari a touché le prix, et en est débiteur. La femme peut-elle renoncer à l'hypothèque qui garantit sa créance ? La question est plus délicate et la solution moins certaine. Nous préférons cependant refuser ce

droit à la femme. Si le bien en effet a pu être légalement aliéné, ce n'est qu'à titre exceptionnel et dans les conditions spécialement prévues par la loi. Mais la portée de cette exception doit se mesurer à la nécessité qui l'impose et cette nécessité n'exige nullement que la femme devienne capable de renoncer à son hypothèque. Au fond, le bien aliéné était indisponible, la femme avait deux garanties : d'une part l'inaliénabilité dotale, d'autre part l'hypothèque ; des circonstances de fait déterminées par la loi font fléchir le principe de l'inaliénabilité et une restriction formelle y est apportée. Au contraire, en ce qui concerne l'indisponibilité de l'hypothèque, point de restriction : le principe subsiste donc et la renonciation à cette garantie est interdite à la femme.

Enfin une dernière hypothèse peut être faite où une solution contraire aux précédentes va se déduire de la même règle : c'est celle où les immeubles dotaux ont été déclarés aliénables dans le contrat de mariage. Alors en effet, il n'y a plus de patrimoine indisponible, par conséquent, plus d'hypothèque incessible ; la femme peut valablement y renoncer.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que de l'inaliénabilité par rapport au fonds dotal en lui-même, il nous faut maintenant l'étudier par rapport aux fruits. Le principe de l'inaliénabilité s'étend-il aux revenus de telle sorte que la femme ne puisse pas en disposer librement et qu'ils soient insaisissables ? La question ne peut évidemment pas être soulevée quant aux revenus échus : destinés à subvenir

aux charges du mariage ils sont nécessairement disponibles entre les mains du mari. S'il les détourne de leur destination légitime, la femme n'a qu'une ressource, c'est de demander sa séparation de biens. Mais la difficulté devient fort grave en ce qui concerne les revenus non encore échus des immeubles dotaux. Trois systèmes sont en présence :

Dans un premier système, on soutient que ces revenus peuvent être aliénés, même pour des causes étrangères aux besoins de la famille. Les fruits de la dot sont la propriété du mari, il en a donc la disposition, et peut les engager par ses obligations ; ses créanciers en conséquence sont en droit de les saisir afin de se faire payer ce qui leur est dû (Troplong, n° 3287).

Dans un second système, on fait une distinction : on sépare les revenus de la dot en deux parties, l'une nécessaire aux besoins et à l'entretien du ménage, l'autre qui se compose du superflu. La première ne peut être détournée de sa destination, elle participe à l'inaliénabilité du fonds, les créanciers du mari ne peuvent pas la saisir ; la seconde est complètement disponible et peut faire l'objet d'une saisie. Ce système est généralement suivi par la jurisprudence.

Le système de M. Troplong doit, à notre avis, être rejeté, il rendrait illusoires les garanties établies en faveur de la femme et entraînerait souvent la perte du fonds dotal lui-même. En effet, comment sera-t-il pourvu aux besoins de la famille si le mari dissipe les revenus qu'il doit employer à son entretien ? On ne tardera pas à être forcé de recourir

à la faculté accordée par l'article 1558, et on aliénera le fonds dotal pour se procurer des aliments.

Nous n'admettons pas non plus le système de la jurisprudence. La distinction qu'elle établit nous semble trop arbitraire. Nulle part le Code n'en a parlé, il est même plus que probable que ses rédacteurs n'y ont jamais songé. Et d'ailleurs comment déterminer la portion des revenus nécessaires aux besoins du ménage? Mais rien n'est plus variable que ces besoins : les habitudes de vie, la condition de fortune, l'état de santé ou de maladie, les exigences des positions des divers membres de la famille sont autant de circonstances dont les tribunaux seront appelés à tenir compte. Cette appréciation ne sera-t-elle pas fort difficile, pour ne pas dire impossible, et en tout cas fort dange-reuse!

Le troisième système qui déclare les revenus à échoir inaliénables et insaisissables d'une manière absolue, par conséquent même pour la portion supposée devoir excéder les besoins du ménage nous semble bien plus conforme au but du régime dotal qui est un régime de conservation. Il y a au surplus en faveur de cette solution un argument concluant : les revenus qui ne sont pas encore échus n'ont pas une existence propre, ils sont une partie intégrante de l'immeuble et doivent dès lors être inaliénables comme l'immeuble lui-même.

Les obligations que les époux auraient contractées pendant le mariage ne peuvent pas amener la saisie du fonds dotal, car la saisie aboutirait à l'aliénation.

Il est non moins incontestable que les obligations personnelles du mari ne peuvent pas être poursuivies par ses créanciers sur les immeubles dotaux de sa femme.

Mais quelle influence le principe de l'inaliénabilité peut-il avoir sur les obligations personnelles contractées par la femme ?

En ce qui concerne les obligations antérieures au mariage, leur exécution peut être poursuivie sur le fonds dotal, car elles datent d'une époque où la capacité de la femme était pleine et entière. Nous étudierons les questions qui s'élèvent à ce sujet dans le chapitre consacré aux exceptions à la règle de l'inaliénabilité.

Passons aux obligations contractées par la femme pendant le mariage. Nous savons qu'elle est incapable d'aliéner directement ou indirectement ses immeubles dotaux et que les obligations qu'elle contracte, valables en ce qui concerne les paraphernaux, sont au contraire frappées de nullité à l'égard des immeubles constitués en dot. Donc ses créanciers ne pourront pas poursuivre l'exécution de ses obligations sur le fonds dotal pendant le mariage. C'est là un point qui ne peut être contesté. Comment, en effet, les créanciers de la femme pourraient-ils vendre ce que la femme elle-même ne peut vendre ? De plus, la règle de l'inaliénabilité deviendrait illusoire si la femme pouvait, en s'obligeant, conférer à ses créanciers le droit de saisir ses biens dotaux. Mais lorsque le mariage est dissous, les créanciers de la femme peuvent-ils saisir l'immeuble jadis dotal ?

L'affirmative a été soutenue par quelques auteurs

(Delvincourt, t. 3, p. 111. — Toullier, t. 14, n° 346. — Troplong, n° 3312) : la femme dotale, ont-ils dit, est capable de s'obliger, les obligations qu'elle contracte peuvent être exécutées sur ses paraphernaux ; si ses obligations ne peuvent recevoir d'exécution sur les biens dotaux, c'est que ces biens sont indisponibles entre les mains de la femme. Or la dissolution du mariage fait cesser la dotalité et par conséquent l'insaisissabilité : le bien dotal redevient libre aux mains de la femme et dès lors ses créanciers peuvent poursuivre sur lui l'exécution de ses obligations, car c'est au moment où le créancier exerce une poursuite qu'il faut examiner si le bien sur lequel il veut se faire payer est oui ou non saisissable.

Logiquement il faudrait admettre ce système, tout contraire qu'il soit au but du régime dotal, si l'on donnait pour base à l'inaliénabilité l'indisponibilité du fonds dotal. Mais si l'on décide avec nous que l'inaliénabilité a pour fondement l'incapacité de la femme, il sera facile de réfuter les arguments que nous venons d'exposer. En effet pourquoi les créanciers de la femme ne peuvent-ils pas saisir pendant le mariage l'immeuble dotal ? On ne peut pas dire qu'ils se heurtent à son insaisissabilité puisqu'il peut être saisi pour les obligations que la femme a contractées antérieurement au mariage et, comme nous le verrons plus loin, pour celles qui résultent de délits ou de quasi-délits. La seule raison est que la femme est incapable de l'aliéner, incapable par conséquent de conférer à un créancier le droit de le mettre en vente. Quel change-

ment amènera la dissolution du mariage ? Va-t-elle donner rétroactivement à la femme un droit qu'elle n'avait pas auparavant ? Empêchera-t-elle la femme d'avoir été incapable de s'obliger en tant que l'obligation serait exécutée sur ses immeubles dotaux ? Non évidemment. Du jour où cette obligation a été contractée, elle a été frappée de nullité en ce qui concerne son exécution sur le fonds dotal ; nulle avant la dissolution du mariage, nulle elle doit rester après qu'il est dissous. Sans doute à partir de cette époque, la femme va pouvoir s'obliger envers de nouveaux créanciers, son incapacité cesse ; mais les actes qu'elle a faits pendant la durée de son incapacité n'en restent pas moins entachés de nullité.

Le système que nous combattons est de plus en opposition complète avec le but que s'est proposé le législateur en édictant l'inaliénabilité du fonds dotal. Ce but nous savons quel il est : assurer aux enfants la conservation du patrimoine maternel en le mettant à l'abri soit de la dilapidation du mari, soit de la complaisance de la femme. Or il ne serait pas atteint, si les immeubles dotaux pouvaient être soumis après la dissolution du mariage à l'acquittement des obligations contractées par la femme pendant sa durée. Le législateur n'a pas pu laisser ainsi aux époux mariés sous le régime dotal le moyen d'éluder le principe de l'inaliénabilité, d'autant plus que ces obligations, ne pouvant pas aboutir à dépouiller immédiatement la femme de la propriété de ses biens dotaux, eussent été contractées par elle plus facilement.

Cette solution est aujourd'hui admise par la grande majorité des auteurs (Duranton, t. 15, n° 532. — Benoit, t. 2, p. 445. — Tessier, t. 1, n° 521. — Rod. et Pont, t. 2, n° 490. — M. Labbé, *Revue crit.* 1856, t. II, p. 1) et consacrée par la jurisprudence des Cours d'appel et de la Cour de cassation (Cass. 26 août 1828. Dal. 28, 1, 401, — 11 janvier 1831. Dal. 31, 1, 51). M. Troplong reconnaît lui-même en terminant l'examen de cette question « que dans l'état actuel des choses, les obligations de la femme contractées pendant le mariage ne peuvent être exécutées sur le fonds dotal, même après la dissolution du mariage. »

Nous croyons encore pour les mêmes raisons que les obligations contractées par une femme dotale ne peuvent être exécutées après la dissolution du mariage sur les revenus des biens dotaux, et cela d'une façon absolue sans distinguer si les revenus excèdent ou non les besoins de la femme (Paris, 26 août 1846. Dal. 47, 2, 184).

Mais que décider si la femme meurt et transmet sa dot à ses héritiers? L'exécution de l'obligation contractée par la femme pendant le mariage pourra-t-elle être exécutée sur le fonds qui, après avoir été frappé de dotalité, se trouve actuellement entre les mains de ses héritiers? Cette question a été résolue de diverses manières en doctrine et en jurisprudence. Il a été soutenu notamment par un arrêt de la Cour de Toulouse du 29 novembre 1834, que les biens jadis inaliénables rentraient alors sous la loi commune et devenaient saisissables dans les mains des héritiers qui ne

peuvent pas invoquer un privilège qui n'a pas été fait pour eux.

Dans un autre système on a fait des distinctions : les héritiers de la femme sont-ils ses enfants ? En ce cas ils peuvent comme leur mère invoquer l'inaliénabilité, ce principe ayant été établi non pas tant dans l'intérêt de la mère que dans celui des enfants. Mais si les héritiers de la femme ne sont que des parents collatéraux ou des étrangers, ils n'ont aucune qualité pour invoquer la faveur exceptionnelle du régime dotal : en ce qui les concerne le droit commun reprend son empire. La Cour de Paris, dans un arrêt du 12 juin 1833, a admis cette solution.

MM. Rodière et Pont ont proposé une autre distinction. Le maintien des effets de l'inaliénabilité doit dépendre de la manière dont les héritiers ont accepté la succession de la femme. En cas d'acceptation pure et simple, il s'est opéré une confusion entre les biens dotaux et leurs propres biens, confusion qui en a fait disparaître l'origine. Tous leurs biens actuellement saisissables sont soumis à l'exécution des dettes de la succession de la femme, qu'elle soit leur mère ou simplement leur parente : or les immeubles autrefois dotaux sont devenus depuis la dissolution du mariage susceptibles d'aliénation et de saisie. Si l'acceptation au contraire a été faite sous bénéfice d'inventaire, la dette de la femme dotale conserve ce caractère et continue à grever un patrimoine qui a été et qui reste pour la liquidation du passé, inaliénable et insaisissable.

Nous rejetons ces divers systèmes qui ne s'appuient que

sur des distinctions arbitraires, et nous pensons que les biens dotaux passent aux héritiers de la femme comme ils étaient aux mains de celle-ci, c'est-à-dire affranchis des dettes par elle contractées pendant le mariage. Pourquoi en effet distinguer entre la femme et ses héritiers, alors que l'article 1560 accorde aux héritiers comme à la femme le droit de faire révoquer l'aliénation ? Qu'il s'agisse d'aliénation directe ou d'aliénation indirecte, leur droit reste le même. D'autre part, l'article 1560 n'apporte aucune restriction au droit qu'il accorde aux successeurs de la femme. Comment en présence de ce texte peut-on soutenir que les collatéraux n'ont pas qualité pour l'exercer ? Ce ne sont pas les seuls descendants de la femme qui peuvent user du droit de révocation, l'article 1560 dit que ce sont ses héritiers. Il est d'ailleurs assez difficile de comprendre comment la qualité des héritiers pourrait avoir une influence sur la validité des obligations contractées par la femme.

Enfin le fait que les héritiers auront accepté la succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire ne nous semble avoir aucune utilité pour la solution de la question qui nous occupe. Le parti que pourra prendre l'héritier fera-t-il en effet qu'une obligation nulle devienne valable ? Et puis l'héritier pur et simple ne continue-t-il pas la personne du *de cuius* ? Ne le représente-t-il pas avec tous ses droits et toutes ses obligations ? Or la femme aurait pu opposer à ses créanciers l'inaliénabilité des biens qu'ils auraient voulu saisir, ses héritiers pourront donc l'opposer également.

En résumé, l'obligation contractée par une femme mariée sous le régime dotal est nulle en ce qui concerne ses immeubles dotaux et cette nullité produit ses effets après la dissolution du mariage, non-seulement au profit de la femme, si c'est elle qui survit, mais encore au profit de ses héritiers (Benoit, t. 2, n° 250. — Tessier, t. 1, p. 320. — M. Labbé, *Revue crit.*, 1856, t. 2, p. 1). La jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, paraît après de graves oscillations se fixer en ce sens (16 déc. 1846, *Journal du Palais*, t. 1, 47, p. 168 — 14 nov. 1855, t. 1, 56, p. 222).

Quant aux obligations que la femme contracte postérieurement au mariage, elles sont évidemment exécutoires sur ses biens. A ce moment il ne peut plus être question d'inaliénabilité, la femme a recouvré son droit de disposition pleine et entière. On s'est demandé cependant si l'aliénabilité ne frappait pas les biens qui n'arrivaient à la femme qu'après la dissolution du mariage, lorsqu'elle s'était constitué en dot tous ses biens présents et à venir ? La négative nous semble être la seule solution juridique. En effet, l'inaliénabilité ne s'applique qu'aux immeubles dotaux ; pour qu'un bien soit inaliénable, il faut donc qu'il ait été dotal, or, un bien qui n'est échu à la femme qu'après le mariage, qui n'a jamais été apporté au mari, n'a jamais été un bien dotal. On a objecté que ce n'était pas seulement aux biens apportés au mari que s'appliquait l'inaliénabilité, mais aux biens constitués en dot. Cette objection est plus spécieuse que concluante : comment en effet un

bien peut-il être réputé compris dans la constitution de dot, alors qu'il n'y a plus de dot ? Quoiqu'on puisse dire, il est impossible qu'un bien qui n'a jamais été le bien d'une femme mariée sous le régime dotal reçoive l'empreinte de la dotalité.

Les immeubles échus à la femme depuis la dissolution du mariage n'ayant jamais été dotaux, n'ont jamais été frappés d'inaliénabilité, et par conséquent, les créanciers quelle que soit la date du titre qu'ils invoquent, peuvent saisir ces immeubles et se faire payer sur leur prix (Cass. 7 déc. 1842 — Sir. 43, 1, p. 131).

Nous avons jusqu'ici supposé que l'obligation de la femme résultait d'un contrat, nous allons maintenant étudier l'influence du principe de l'inaliénabilité sur les obligations nées sans convention. En dehors des cas exceptionnels prévus par la loi pour l'aliénation de la dot, on a été amené par la force même des choses à faire fléchir le principe de l'inaliénabilité devant la nécessité d'exécuter les condamnations encourues par la femme pour des faits que la loi pénale réprime, nul ne pouvant être placé en dehors des atteintes directes ou indirectes à l'ordre public. On a été également conduit par des motifs analogues à protéger les tiers contre les actes illicites de la femme dotale, alors même que ces actes ne tomberaient pas sous le coup d'une pénalité. Quand la femme aura commis un crime ou un délit, l'amende et les dommages et intérêts pourront donc être poursuivis sur les biens dotaux. Et de même si elle commet un délit civil ou un simple quasi-délit au préjudice

d'un tiers, elle sera tenue sur tout son patrimoine, y compris ses biens dotaux, de lui en fournir réparation pécuniaire ; c'est là un point incontesté : admis par l'ancien droit, il est consacré définitivement par la doctrine et la jurisprudence. Il n'était pas possible en effet, que la femme pût jouir de l'impunité de ses méfaits parce qu'il lui aura plu de se marier sous le régime dotal. D'ailleurs nous avons démontré que la faveur exceptionnelle accordée à la femme dotale se rattache à l'incapacité dont elle est frappée, or les incapables ne sont pas restituables contre les obligations nées de leur délit ou quasi-délit (art. 1310).

Mais si le principe est certain, son application n'est pas sans présenter certaines difficultés.

Établissons d'abord que si la femme voulait faire révoquer un engagement pris par elle, et que le résultat de cette révocation dût être la réalisation du préjudice préparé par sa fraude et demeuré jusque-là éventuel, sa demande devrait être repoussée : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Il n'est pas admissible que la femme puisse faire se produire le dommage qu'elle serait aussitôt tenue de réparer. Il y aurait là un circuit de demandes réciproques sans aucune utilité ; il est bien plus simple d'arrêter l'exercice même de son action en opérant en quelque sorte une compensation d'office entre ce qu'elle réclame et ce qu'elle va devoir par suite de la responsabilité des pratiques dolosives et frauduleuses auxquelles elle a participé (Cass. 10 mai 1882. Dal. 82, 1, 305).

Le point délicat est de savoir si en matière de quasi-délit

la responsabilité de la femme sur ses biens dotaux n'est encourue qu'autant que sa faute présente le caractère d'un dol. Ne faut-il pas l'étendre même au cas où cette faute ne consiste que dans un acte d'imprudence exempt de mauvaise foi ?

Il résulte d'un certain nombre d'arrêts que le dol seul rend la femme responsable. La Cour de Pau, notamment, l'a décidé formellement par un arrêt du 2 juin 1880 (Dal. 81, 2, 1) : « Une simple faute de la femme dotale, tombât-elle même sous l'application de l'article 1382, ne suffit pas pour engager la dot si cette faute ne constitue qu'un acte d'imprudence et si elle a été commise sans dol ni mauvaise foi. » Dans l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt, la femme dotale s'était sans mauvaise foi rendue adjudicataire d'immeubles dont elle n'avait pu payer le prix et qui avaient été revendus à sa folle enchère ; la Cour décida que cette femme n'était pas responsable sur sa dot de la différence entre le prix de son adjudication et celui de la revente. Les Cours d'Agen (6 fév. 1865. Dal. 65, 2, 95) et de Chambéry (11 août 1868. Dal. 69, 2, 13) ayant à statuer sur une espèce semblable déclarèrent au contraire la femme responsable de la différence de prix entre les deux adjudications, parce qu'il était établi qu'elle avait agi de mauvaise foi et pour nuire à ses créanciers, et que l'intérêt public exige que le dommage occasionné frauduleusement par la femme soit réparé aux dépens de sa dot.

Cette solution est encore consacrée implicitement par deux arrêts de la Cour de Cassation (Req. 23 nov. 1852,

Dal. 52, 1, 264) où il est dit que l'inaliénabilité du fonds dotal ne peut devenir une protection pour les délits et quasi-délits « un privilège pour la fraude, » et elle se fonde sur les constatations des juges du fait, desquelles il résultait que la femme avait sciemment participé au dol du mari.

Mais d'autres décisions ont reconnu la femme responsable sur ses biens dotaux de quasi-délits résultant simplement d'une négligence, d'une imprudence, ou d'une déclaration mensongère. Ainsi deux arrêts de la Cour de Cassation (Req. 24 déc. 1860. Dal. 61, 1, 373 et 29 juin 1869. Dal. 71, 1, 137) ont décidé que la femme dotale qui, devenue commerçante après son mariage, a négligé de faire publier son contrat conformément à l'article 69 du Code de commerce ne peut invoquer l'inaliénabilité de ses biens dotaux contre les créanciers qui n'ont contracté avec elle que parce qu'ils ignoraient sa qualité de femme dotale : « Attendu, porte l'arrêt du 24 décembre 1860, qu'il y a quasi-délit dans toute faute, négligence ou imprudence qui cause un dommage à autrui, sans qu'il soit nécessaire d'ailleurs qu'il y ait eu intention de nuire. »

Il résulte encore d'un arrêt plus récent de la Chambre des Requêtes (4 juillet 1877. Dal. 78, 1, 55) que le prêteur trompé par la déclaration mensongère d'une femme qui lui a hypothéqué un immeuble, en se disant mariée sans contrat, alors qu'elle avait au contraire fait un contrat de mariage qui frappait tous ses biens de dotalité, peut poursuivre sur la dot de la femme la réparation du préju-

dice par lui subi. Mais un des considérants de l'arrêt es ainsi conçu : « l'obligation résultant dans ce cas non du contrat mais du fait personnel et illicite de la femme. » Faudrait-il donc distinguer entre les quasi-délits commis par la femme dans un contrat et ceux commis en dehors de tout contrat, et décider que ce n'est que dans le premier cas que le dol doit exister nécessairement pour donner lieu à la responsabilité de la femme, parce qu'alors si la femme a eu tort de contracter comme si elle n'était pas dotale, celui avec qui elle a contracté a eu, de son côté, tort de ne pas s'éclairer suffisamment sur la capacité et la situation légale des biens de l'autre partie ? Nous ne le croyons pas. En admettant même qu'il y ait deux espèces de quasi-délits, la loi a-t-elle édicté pour elles des règles différentes ? On ne peut que répondre négativement. De plus la qualification de quasi-délit s'appliquant à une faute commise dans un contrat est absolument fautive : c'est seulement lorsque la faute a lieu en dehors de tout contrat qu'elle prend ce caractère : « La faute dont parle l'article 1382, dit M. Larombière (*Théor. et prat. des oblig.* t. 5, art. 1382 et 1383, n° 8) n'a aucun rapport avec la faute contractuelle... à quelque degré qu'elle existe, si légère qu'elle puisse être, *et levissima*, pourvu qu'elle soit établie, elle est légalement imputable, quand même il n'y aurait pas eu volonté de nuire.... alors au contraire qu'il s'agit de fautes contractuelles, comme les rapports des parties ont été le résultat de leurs volontés réciproques, ces fautes s'apprécient suivant d'autres principes (art. 1146 et

suiv) • Écartons donc cette distinction qui n'a rien de juridique et laissons de côté les contrats qui n'ont rien à faire avec la matière des quasi-délits. A notre avis le système qui exige que la faute commise par la femme soit constitutive du dol ou de la fraude pour la rendre responsable sur sa dot du préjudice causé doit être repoussé. Car du moment où il est admis que la femme dotale répond de ses quasi-délits sur ses biens dotaux, cette responsabilité ne saurait avoir une étendue moindre que celle qui est déterminée par le droit commun ; la matière et les conséquences du quasi-délit ne sauraient être modifiées par cette circonstance que la femme est mariée sous le régime dotal. Qu'est-ce en effet que le quasi-délit ? C'est suivant la définition de Pothier (Oblig. n° 116) « un fait par lequel une personne, sans malignité mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre ». L'obligation de réparer le dommage causé par un quasi-délit est donc imposée à l'auteur de la faute de quelque nature que soit celle-ci, et alors même qu'elle ne consiste que dans une simple négligence ou une simple imprudence (art. 1382-1383), bien plus, même si elle a été commise de bonne foi (Larombière. *op. cit*) La seule condition nécessaire, c'est que cette faute soit imputable à son auteur. Nous admettons donc que les dispositions de la loi relatives à la responsabilité de celui qui a causé un dommage à autrui par sa faute, sa négligence ou son imprudence ne s'étendent point à l'erreur excusable ; laquelle est exclusive de la faute, de la négligence et de l'imprudence. C'est ce

qui a été décidé avec raison par la Cour de Cassation (Req. 7 avril 1879. Dal. 80, 1, 8). En résumé la femme dotale est responsable sur ses biens dotaux du dommage causé par ses quasi-délits conformément au droit commun.

Si nous passons maintenant aux quasi-contrats, il nous faudra faire une distinction. L'obligation qui en résulte est en effet établie par la loi, les parties n'ont pas de consentement à manifester ; en un mot il n'y a pas de convention. Mais d'autre part il y a un acte volontaire, il faut donc que celui qui manifeste sa volonté ne soit pas frappé d'incapacité. Quant à celui qui se trouve obligé par la loi elle-même, sa capacité ne peut pas être mise en jeu. Partant de là, nous dirons : ou le fait qui engendre le quasi-contrat émane de la femme, ou bien il émane d'un tiers. Dans le premier cas il n'est pas possible d'admettre que les biens dotaux se trouveront engagés ; un incapable, en effet, ne peut pas par un acte de sa volonté se créer des obligations ; pour nous, la femme est un incapable, et nous lui refusons la faculté de s'obliger indirectement tout aussi bien que celle de former un engagement conventionnel.

Au contraire, si l'acte qui engendre l'obligation n'est pas accompli par la femme, mais par le tiers, l'exécution pourra en être poursuivie sur les biens dotaux ; la femme en ce cas n'a eu aucune volonté à manifester ; si elle se trouve engagée, c'est indépendamment de son fait, elle est obligée par l'autorité de la loi.

Ainsi, ne nous occupant que des deux quasi-contrats réglementés par le Code, nous donnerons les solutions sui-

vantes : la gestion d'affaires entreprise par la femme ne l'oblige pas sur ses biens dotaux ; mais si la gestion d'affaires a été entreprise par un tiers pour le compte de la femme, elle sera obligée ; il est bien évident qu'alors les tribunaux devront se montrer très sévères dans l'appréciation de l'utilité de la gestion. Si la femme reçoit un paiement qui ne lui était pas dû et qu'il y ait mauvaise foi de sa part, elle sera incontestablement tenue des suites de l'action en répétition de l'indû intentée contre elle, elle s'est en effet rendue coupable d'un quasi-délit. Mais si elle a été de bonne foi, la question est plus délicate. On pourrait n'admettre l'action en répétition que dans la mesure de l'enrichissement de la femme. Nous préférons rendre la femme obligée d'une manière absolue. L'article 1376 est formel : « Celui qui reçoit par erreur ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. » Il n'y a pas d'exception en faveur de la femme dotale : elle est obligée par la volonté de la loi.

Dans les cas exceptionnels où nous avons admis que les créanciers de la femme pouvaient poursuivre l'exécution d'une obligation sur le fonds dotal, il est bien évident que cette poursuite ne peut être exercée que sur la nue-propriété. La jouissance des biens dotaux appartient au mari, et l'on ne voit pas comment il pourrait la perdre par suite des méfaits de sa femme. Mais au cas où le mari se serait rendu complice de sa femme, nous admettons parfaitement que la pleine propriété des biens dotaux réponde des suites de l'acte dommageable.

Pour terminer l'étude du principe de l'inaliénabilité, il nous reste encore à examiner quels sont les principaux effets produits par la séparation de biens à l'égard de la femme dotale.

Nous savons déjà que la séparation de biens principale ou accessoire à la séparation de corps ne fait pas cesser l'inaliénabilité. Elle a uniquement pour but sous le régime dotal comme sous tout autre régime de mettre fin à l'administration reconnue dissipatrice du mari pour la transférer à la femme ; mais la division des biens en biens dotaux d'une part, et biens paraphernaux d'autre part, continue certainement de subsister ; et la dot revenue dans les mains de la femme reste indisponible comme elle l'était dans les mains du mari.

La femme séparée ne peut donc pas plus hypothéquer qu'aliéner ses biens dotaux. Mais peut-elle renoncer à son hypothèque légale, ou tout au moins peut-elle la restreindre ? M. Troplong (*Hypoth.*, p. 432, n° 597 ; p. 506, n° 635 ; p. 533, n° 640) enseigne qu'elle le peut : 1° à l'égard des tiers en tant qu'il n'en résulte pas de préjudice pour sa dot ; 2° à l'égard du mari lorsqu'il reste à celui-ci assez de biens pour répondre de la dot. Nous n'admettons pas cette opinion. La renonciation comme la restriction sont des aliénations prohibées par la loi ; la femme non séparée ne peut pas les faire, la séparation de biens ne peut pas lui en donner le pouvoir ; ce ne sont pas là des actes d'administration.

Lorsque par suite de la séparation de biens, l'adminis-

tration passe des mains du mari entre celles de la femme, le mari perd toute espèce de droits sur les fruits des biens dotaux, et il en est de même de ses créanciers. C'est dès lors la femme qui administre sa fortune et en perçoit les revenus ; elle a sur eux les mêmes droits qu'avait son mari. Mais quelle sera la situation de ses créanciers ? Il est bien évident qu'il ne faut se placer qu'au point de vue des revenus venant à échoir postérieurement à la séparation. L'opinion la plus généralement admise distingue : sur la portion des revenus nécessaires aux besoins du ménage les créanciers antérieurs ou postérieurs à la séparation n'ont aucun droit ; mais en ce qui concerne la portion superflue des revenus dotaux, on décide que les créanciers postérieurs ont le droit de les saisir, tandis que les créanciers antérieurs n'ont sur eux aucune action. Quelle que soit l'autorité des auteurs qui ont défendu ce système, et malgré la consécration qui lui a été donnée par la jurisprudence, nous éprouvons quelque embarras à l'admettre. Si la femme séparée a sur les revenus des biens dotaux les mêmes droits que ceux appartenant à son mari avant la séparation, les créanciers de la femme doivent avoir sur ces revenus à cette époque les droits qu'avaient antérieurement les créanciers du mari ; or, ceux-ci avaient incontestablement le droit de saisir les revenus échus. Nous pensons donc que les revenus échus depuis la séparation sont entre les mains de la femme disponibles comme ils l'étaient entre les mains du mari, elle peut les aliéner soit directement, soit indirectement, et ses créanciers peuvent

les saisir sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils excèdent ou non les besoins du ménage, constatation qu'il est selon nous impossible de faire..

Mais s'il s'agit de fruits à échoir, nous ne reconnaissons pas plus à la femme séparée que nous n'avons reconnu antérieurement au mari le droit d'en disposer : en sorte que les créanciers dont le titre aura pris naissance soit pendant le mariage, soit même depuis la séparation de biens mais avant la perception, ne pourront pas les saisir. Ces fruits n'ont pas en effet d'existence propre, ils forment une portion de l'immeuble ; or comme la femme est incapable d'aliéner directement ou indirectement tout ou partie de l'immeuble dotal, son obligation, qui est nulle dès l'origine, ne pourra s'exécuter sur une partie de l'immeuble dotal, alors même que cette partie serait devenue disponible, pas plus qu'elle ne pourrait s'exécuter sur l'immeuble dotal quand après la dissolution du mariage cet immeuble cessera d'être inaliénable. Nous ne nous dissimulons pas les graves inconvénients que notre système pourra présenter si la femme ne sait pas administrer sa fortune. Si elle contracte d'une manière irréfléchie des obligations, leur exécution sur les revenus de sa dot pourra amener la ruine de la famille. Ce sera évidemment regrettable, mais étant donné l'état actuel de notre législation, il ne nous semble pas possible de parer à cette situation. Il serait même assez bizarre que la femme, maîtresse de ses revenus, qu'elle doit, il est vrai, employer à satisfaire aux besoins du ménage, puisse les dissiper en objets

de luxe, en frivolités, ou de toute autre manière, et qu'elle ne puisse pas s'en servir pour satisfaire à ses obligations vis-à-vis des créanciers qui étaient en droit de compter sur leur exécution.

Lorsque la séparation de biens est prononcée contre le mari, il n'est pas tenu de restituer à la femme les revenus de la dot échus avant la demande en séparation ; il en avait en effet la libre disposition. Mais en est-il de même des revenus échus entre cette demande et le jugement qui y fait droit ? D'après la Cour de Cassation ces revenus appartiennent au mari (Req. 28 mars 1848, Dal. 48, 1, 170) ; mais l'opinion contraire est plus généralement admise (Aubry et Rau t. 5 § 540, p. 632, — Rod. et Pont. t. 3, n^{os} 1935 et 2169 à 2172. — Agen 1 fév. 1870. Dal. 70, 2, 148). Si en effet l'article 1570 qui fait courir l'intérêt et les fruits de la dot à restituer du jour de la dissolution du mariage ne devait pas s'appliquer par extension au cas de séparation de biens, on se trouverait ramené à l'article 1153 qui ne fait courir les intérêts que du jour où ils sont réclamés. Le jugement de séparation ne pourrait donc pas leur servir de point de départ ; la Cour de Cassation n'ose pas aller jusque là. Que si l'on admet l'extension de l'article 1570 au cas de séparation, il n'y a pas de raison pour ne pas lui appliquer également l'article 1445 aux termes duquel « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande. »

Dans les cas où les revenus qui ont été perçus par le mari doivent être restitués par lui à la femme, cette resti-

tution est garantie par son hypothèque légale. La femme pourra donc lors de la vente des immeubles de son mari se faire colloquer par préférence aux créanciers de celui-ci, dont l'hypothèque n'a rang que postérieurement à la sienne (Nancy 20 déc. 1871. Dal. 72, 2, 35 — Cass. 26 janv. 1875. Dal. 75, 1, 52. — Pau 25 nov. 1879. Dal. 81, 2, 112).

Quant à ses créanciers personnels ils pourront se faire colloquer, en sous-ordre, en son lieu et place, mais dans la mesure seulement où ils pourraient après la restitution de la dot en saisir les revenus entre ses mains.

Après avoir ainsi étudié l'étendue du principe de l'inaliénabilité dotale, nous allons examiner aussi rapidement que possible les exceptions qui en tempèrent la rigueur.

CHAPITRE IV

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INALIÉNABILITÉ.

Le principe de l'inaliénabilité n'est pas tellement inflexible qu'il ne reçoive quelques exceptions. Les unes résultent de la liberté des conventions matrimoniales. Le législateur n'a pas voulu que l'inaliénabilité de la dot s'imposât fatalement à toute union formée sous le régime dotal. Aussi a-t-il permis aux époux de modifier, même d'écarter la règle de l'article 1554. D'autres sont établies par le Code dans

les cas où la justice, la nécessité et l'intérêt du ménage exigeaient impérieusement l'aliénation de l'immeuble dotal. D'autres enfin résultent de lois postérieures au Code ou de l'intérêt et de la morale publique. Il y a donc trois classes d'exceptions au principe de l'inaliénabilité :

- 1° Exceptions résultant des conventions matrimoniales ;
- 2° Exceptions résultant des dispositions du Code ;
- 3° Exceptions résultant de lois spéciales ou de l'intérêt général.

SECTION I

Exceptions résultant des conventions matrimoniales.

Du remploi.

« L'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage » (art. 1557). C'est sur la proposition de M. Berlier que cette disposition fut admise au Conseil d'Etat et ensuite insérée dans notre Code comme un tempérament aux rigueurs du régime dotal. Cette exception, ou plus exactement cette suppression du principe de l'inaliénabilité peut être plus ou moins complète. Ainsi la faculté d'aliéner peut être stipulée purement et simplement ou être accompagnée de certaines obligations, notamment de celle de faire remploi. Elle peut être absolue et comprendre tous les actes d'aliénation, ou bien être restreinte à tel ou tel acte déterminé. La loi n'exige pas l'emploi de termes sacramentels. Il suffit qu'on puisse rai-

sonnablement conclure des expressions employées dans le contrat de mariage que les parties ont entendu apporter une modification à la prohibition de l'article 1554. Il est bien évident que le contrat peut autoriser le mari à aliéner seul, sans qu'il ait besoin de recourir à l'intervention de sa femme. Mais le contrat ne pourrait pas réserver à la femme la faculté d'aliéner sans obtenir auparavant l'autorisation de son mari ou de justice, une telle clause serait contraire aux lois organiques de la famille (art. 217, 218, 1388) ; et l'aliénation qui serait faite par la femme serait attaquable par l'action en nullité de l'article 1304 (Cass. 12 août 1839. Sir. 1839, 1, 840). En l'absence de clauses spéciales à cet égard, l'aliénation doit être faite par la femme autorisée de son mari. Elle peut être faite de gré à gré, sans formalités ni autorisation de justice.

La faculté d'aliéner réservée par le contrat de mariage est irrévocable comme toutes les conventions matrimoniales ; si le mari en abuse, la femme n'a qu'un moyen de se mettre à l'abri des dangers qui pourraient menacer sa fortune, c'est de demander la séparation de biens.

Occupons-nous d'abord de la faculté d'aliéner stipulée purement et simplement. Nous allons rencontrer des difficultés d'interprétation. Tout d'abord si la femme s'est réservé la faculté de disposer de ses immeubles dotaux, il ne peut pas y avoir de doute sur la portée de la clause insérée au contrat de mariage : la femme pourra faire toute espèce d'aliénation soit à titre gratuit, soit à titre onéreux (Tessier, t. I, p. 401).

Mais l'article 1557 ne parle que de la faculté d'aliéner, il est muet sur la faculté d'hypothéquer ; devons-nous en conclure que les époux ne peuvent pas dans leur contrat de mariage se réserver la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux ? A première vue cela semble bizarre ; on ne voit pas en effet la raison qui ferait que les parties puissent d'une manière absolue exclure le régime dotal et ne puissent pas y apporter une série infinie de modifications. C'est en 1836 que la question se présenta pour la première fois devant la Cour de Cassation. M. le procureur général Dupin se prononça contre la validité d'une semblable stipulation, mais la Cour évita de donner une solution (22 juin 1836). Il en fut de même en 1837 (16 août) ; mais en 1839 la Cour, sans résoudre encore la question, manifesta clairement une tendance vers la doctrine qui considère la réserve d'hypothéquer les biens dotaux comme contraire au régime dotal (29 mai). L'argument capital de ce système consistait dans le rapprochement des articles 1554 et 1557. L'article 1554, disait-on, édicte une double défense : défense d'aliéner, défense d'hypothéquer ; l'article 1557 ne permet aux futurs époux de déroger qu'à une seule de ces prohibitions, à la prohibition d'aliéner ; la prohibition d'hypothéquer demeure donc intacte et absolue. On invoquait l'autorité du droit romain qui n'édicte la défense absolue d'aliéner le fonds dotal que longtemps après la défense absolue de l'hypothéquer. On faisait enfin remarquer que l'hypothèque présente beaucoup plus de dangers que l'aliénation. Si la femme aliène, elle peut

effectuer un remploi utile avec le prix du bien vendu ; tandis que l'hypothèque qu'elle consent expose sa dot à un péril sans compensation. De plus la femme obsédée par les sollicitations de son mari se résoudra bien plus facilement à consentir à une hypothèque dont elle ne peut prévoir les conséquences qu'elle ne consentira à une aliénation directe qui la dépouille actuellement de son immeuble.

Si précieuses que soient ces raisons, le système qui les invoque n'a pas prévalu. Il est en effet en contradiction avec le principe de la liberté des conventions matrimoniales établi par l'article 1387. Les seules exceptions que le législateur y apporte sont contenues dans l'article 1388 qui interdit les stipulations contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions prohibitives du Code. Or, la réserve de la faculté d'hypothéquer ne rentre certainement pas dans l'un de ces cas. Si l'article 1554 contient les deux termes aliénation et hypothèque, tandis que l'article 1557 ne parle que de l'aliénation, cela tient tout simplement à ce que les rédacteurs du Code trouvant écrite dans les lois romaines la double prohibition d'aliéner et d'hypothéquer l'ont reproduite dans l'article 1554 sans remarquer que la seconde était inutile et découlait de la première. Au contraire lorsqu'ils ont rédigé l'article 1557, ils innovaient : l'inaliénabilité de la dot était en effet absolue dans le droit de Justinien, la réserve de la faculté d'aliéner n'existait pas ; ils ont alors employé l'expression générale d'aliénation qui comprend à la fois l'aliéna-

tion proprement dite et l'hypothèque, et qui leur a paru suffisamment large pour faire disparaître la prohibition de l'article 1554.

Quant à la distinction que les jurisconsultes romains faisaient entre l'aliénation et l'hypothèque, c'est une idée complètement étrangère à notre Code. Enfin, l'article 7 du Code de commerce fournit en notre faveur un argument qui nous semble péremptoire : « Les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. Toutefois, leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil ». Or, le Code civil ne dit pas un mot des cas dans lesquels il est permis d'hypothéquer les immeubles dotaux ; il parle seulement des circonstances dans lesquelles l'aliénation de ces immeubles est permise. Il faut donc en conclure que dans les mêmes circonstances et pour les mêmes causes (art. 1555 et suiv.) le droit d'aliéner les immeubles dotaux comprend celui de les hypothéquer. Lorsqu'en 1840 la question fut positivement soumise à la Cour de Cassation, elle décida qu'il n'était pas douteux qu'une telle clause fût valable (7 juillet. Sir. 40, 1, 796). La jurisprudence de la Cour suprême n'a pas varié depuis et le système qu'elle a adopté est universellement enseigné dans la doctrine.

Mais faut-il que la faculté d'hypothéquer soit réservée expressément ou, au contraire, la stipulation par laquelle les futurs époux se sont réservé le droit d'aliéner les im-

meubles dotaux, leur donne-t-il le droit de les hypothéquer? En d'autres termes, dans le contrat de mariage, comme dans l'article 1557, la faculté d'aliéner comprend-elle celle d'hypothéquer? Cette question est des plus controversées. Pendant longtemps, la jurisprudence des Cours d'appel a varié, mais la Cour de Cassation a toujours soutenu la même opinion et a fini par la faire adopter par la plupart des Cours. La faculté d'hypothéquer ne peut pas s'induire de la faculté d'aliéner. MM. Bellot (t. 4, p. 116), Duranton (t. 15, n° 479), Rodière et Pont (t. 2, n° 502), Taulier (t. 5, p. 296) ont soutenu la même thèse. Voici les principaux arguments sur lesquels elle se fonde : les exceptions aux règles générales posées par la loi sont de droit étroit et ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Sous le régime dotal, les immeubles constitués en dot ne peuvent être ni aliénés, ni hypothéqués, sauf les exceptions établies par la loi : or, quelle est l'exception consacrée par l'article 1557? c'est la faculté d'aliéner stipulée dans le contrat de mariage ; si donc une femme a dérogé à la règle générale en usant de cette faculté, cette dérogation doit être interprétée d'une façon restrictive, sinon on étend les effets légaux de la disposition de l'article 1557. Rien ne prouve au surplus que la femme ait entendu se réserver la faculté d'hypothéquer : si telle avait été son intention, elle devait la manifester d'une façon claire et catégorique. On invoque enfin, comme dans la question que nous venons d'examiner précédemment, le danger plus grand couru par la femme en cas d'hypothèque.

Nous croyons cette solution trop absolue : à notre avis, il y a là surtout une question d'interprétation de la volonté des parties. C'est au contrat de mariage qu'il faut se reporter pour apprécier la portée des clauses qu'il contient. Si le contrat de mariage limite le droit d'aliénation laissé aux époux à certains cas déterminés, il est bien évident que ce droit ne pourra pas être étendu à d'autres cas. Mais s'il n'y a pas de limites, si rien n'indique l'intention contraire des époux, le droit d'aliéner stipulé d'une manière générale doit être entendu dans son sens le plus large et comprendre le droit d'hypothéquer : Aliéner en effet a toujours compris hypothéquer, comme le plus comprend le moins. Il en était ainsi en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, et c'est le sens que notre Code lui a donné : qu'on se reporte aux articles 484, 1428, 1449, 1535, 1538, et 1576, aliéner sous-entend toujours hypothéquer, et si l'on peut citer des articles où il en est autrement, c'est qu'alors le mot aliéner n'est pas employé seul, et se trouve accompagné d'un autre terme qui vient en restreindre la portée. La Cour de Cassation elle-même reconnaît que dans les articles 1557 et 1558 le droit d'aliéner comprend celui d'hypothéquer. Dès lors pourquoi ne pas l'entendre dans un sens aussi large quand il s'agit d'interpréter la clause du contrat de mariage qui réserve aux époux le droit d'aliéner ? Quelle raison peut-il y avoir pour faire une distinction entre les deux cas ? Parce que nous sommes en matière d'exception et que les exceptions étant de droit étroit ne peuvent pas recevoir d'extension ! Cela est incon-

testable ; mais il n'en est pas moins vrai que les exceptions stipulées dans le contrat de mariage doivent être appliquées. Or si, comme nous l'avons démontré, hypothéquer est compris dans aliéner, les époux en se réservant la faculté d'aliéner se sont réservé par la même celle d'hypothéquer, et leur volonté doit être respectée. Est-ce outrepasser l'intention des parties ? Nullement. Car en définitive qu'ont-elles voulu, sinon écarter le principe de l'inaliénabilité avec toutes ses conséquences. C'est la pensée qui vient naturellement à l'esprit. Si les époux n'avaient voulu user de la permission de la loi que dans une certaine limite, ils n'auraient pas manqué de la tracer. Le système de la Cour suprême amène d'ailleurs une certaine bizarrerie : si le contrat de mariage reproduit textuellement l'article 1557, la faculté d'aliéner seule sera réservée, les époux ne pourront pas hypothéquer puisque la faculté d'hypothéquer ne s'induit pas de la faculté d'aliéner. Les époux au contraire auront ces deux facultés s'ils ont déclaré simplement vouloir user du bénéfice de cet article, puisque la Cour de Cassation a reconnu que l'article 1557 leur permettait de se réserver non-seulement la faculté d'aliéner, mais encore celle d'hypothéquer. Nous ne pouvons admettre de telles subtilités : les deux cas sont identiques, et doivent recevoir la même solution. Quant aux considérations tirées de la différence entre l'aliénation et l'hypothèque, nous les avons réfutées plus haut quand nous nous sommes demandé si le contrat de mariage pouvait réserver aux époux le droit d'hypothéquer. Là encore, l'objection avait quelque appa-

rence sérieuse ; mais, dans la question qui nous occupe, quelle influence peut-elle exercer ? Du moment où il est admis que la clause qui réserve la faculté d'hypothèque est valable, peu importe qu'elle présente plus de dangers que celle d'aliéner.

La faculté d'aliéner stipulée par le contrat de mariage renferme donc le pouvoir de faire tous les actes d'aliénation et d'engagement des biens dotaux et notamment celui de les hypothéquer (Tessier t. 1, note 597. — Grenier Hypothèques t. 1, n° 53). Il en résulte que la femme aura le droit de renoncer à son hypothèque légale jusqu'au prorata de la valeur de l'immeuble aliéné. Elle pourra vendre les immeubles dotaux à charge de rente viagère ; elle pourra transiger sur les difficultés auxquelles ils peuvent donner lieu. Mais pourra-t-elle compromettre au sujet des contestations qui y seraient relatives ? Les avis sont partagés. Pour lui refuser ce droit, on a dit que le pouvoir de transiger était le même que celui d'aliéner et n'emportait pas celui de compromettre (art. 1989) et que d'ailleurs l'article 1004, C. Proc. civ. interdisait le compromis dans les causes des femmes dotales, comme étant sujettes à communication au ministère public (art. 83, Proc. civ.) (1).

Nous croyons que la faculté d'aliéner doit emporter celle de compromettre : tous les modes d'aliénation et par suite le compromis sont renfermés dans cette clause. Quant à l'objection tirée de la nécessité de la communication au

(1) Duranton, t. XV, n° 481. — Rodière et Pont, t. III, n° 1783. — Taulier, t. V, p. 294.

Ministère Public, nous ne nous faisons aucun scrupule de l'écarter. Elle n'est en effet indispensable que lorsqu'il s'agit de biens dotaux inaliénables. Quand ils ont été stipulés aliénables « où serait le motif, disait l'orateur du Tribunal, M. Favre, sur le projet de l'article 1004 Proc. civ. de surveiller en jugement ce que les époux ont toute liberté de faire hors jugement (1) ? »

De tout ce qui précède, il ressort que l'interprétation que nous avons donnée de la clause par laquelle les futurs époux se sont réservé dans le contrat de mariage la faculté d'aliéner les immeubles dotaux est en opposition avec la jurisprudence de la Cour de Cassation. La Cour suprême décide en effet que la faculté d'hypothéquer ne résulte pas de la réserve de vendre et aliéner les immeubles dotaux stipulée dans le contrat de mariage (22 juin 1836. Sir. 36, 1, 433) ; de la réserve de vendre, céder ou autrement aliéner les immeubles dotaux (*ibid.*) ; de la réserve de vendre et aliéner les biens et droits (16 août 1837. Sir. 37, 1, 800) ; qu'elle n'emporte pas celle de donner mainlevée de l'hypothèque légale sur les biens du mari ; ni celle de subroger à cette hypothèque (2 janv. 1837. Sir. 37, 1, 97. 7 avril 68. Sir. 68, 1, 270) ; ni celle d'aliéner le prix des biens dotaux en les vendant à un créancier hypothécaire (16 août 1837) : que la faculté de vendre et d'hypothéquer ne comprend pas celle de les soumettre à l'exécution d'obligations souscrites sans affectation hypothécaire, ou en

(1). Tessier, t. I, note 596. — Troplong, n° 3398. La jurisprudence a statué en sens divers sur cette question.

d'autres termes que le droit de contracter sur la dot des obligations hypothécaires ne permet pas à la femme de souscrire des obligations pures et simples exécutoires sur cette même dot (3 avril 1849. Dal. 49, 1, 124). Aussi les futurs époux feront-ils bien d'exprimer avec la plus grande précision dans leur contrat de mariage les exceptions qu'ils entendent apporter aux règles du régime dotal.

La réserve de la faculté d'aliéner peut non-seulement être pure et simple ; elle peut être subordonnée à l'accomplissement de certaines conditions. La plus importante et la plus fréquente de toutes est une convention accessoire par laquelle la femme stipule qu'il sera fait bon et valable emploi de l'immeuble aliéné : c'est ce que dans la langue juridique, on appelle « la clause de emploi » ; nous ne pouvons en faire une étude approfondie, cela nous entraînerait trop loin de notre sujet, mais il nous paraît indispensable d'en indiquer les règles principales. Le emploi a pour but de contraindre le mari à faire un emploi sûr et utile des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble dotal. L'immeuble aliéné est remplacé par un autre immeuble qui vient prendre la place du premier. La clause de emploi garantit donc la femme contre l'insolvabilité de son mari, car la validité de l'aliénation est subordonnée à l'accomplissement du emploi. Si le emploi en effet n'a pas eu lieu, comme l'aliénation n'était permise qu'à cette condition, le principe de l'inaliénabilité n'a pas cessé de protéger les immeubles dotaux et la femme aura un recours contre le tiers acquéreur. Ainsi, tandis que sous le régime

de la communauté la clause de remploi, obligatoire pour le mari, n'est pas opposable à l'acquéreur, sous le régime dotal, au contraire, l'obligation de faire remploi, stipulée dans le contrat de mariage, lui est opposable : il ne devra donc payer son prix qu'après s'être assuré de l'existence de ce remploi, car autrement il s'exposerait à être contraint de restituer l'immeuble aliéné ou à payer une deuxième fois son prix d'acquisition : mais si le remploi est obligatoire pour le tiers acquéreur, il l'est aussi pour le mari qui peut être contraint à le faire sur la demande de la femme ou du tiers acquéreur et qui serait tenu, non-seulement à la restitution du prix de vente des immeubles qu'il aurait aliénés, mais en outre au paiement d'une indemnité représentative de la plus-value dont l'immeuble acquis eût bénéficié si le remploi eût été effectué, et dont l'appréciation aurait lieu au moment de la dissolution du mariage (Toulouse 5 fév. 1870. Dal. 72, 2, 54). Le remploi est même obligatoire pour la femme, en ce sens qu'elle peut être forcée sur la demande du mari ou du tiers acquéreur d'accepter celui qui lui est offert, lorsqu'il présente toute l'utilité compatible avec les exigences qu'elle peut légitimement avoir.

Ce n'est pas seulement du défaut absolu de remploi qu'est responsable l'acquéreur d'immeubles dotaux, il l'est encore de l'utilité du remploi. Si donc on offrait un immeuble grevé de charges réelles ou d'hypothèques, il devrait refuser le paiement de son prix jusqu'à ce que le degrevement ait été opéré.

Cette responsabilité va tout naturellement porter le tiers acquéreur à suspendre le paiement jusqu'à ce que le remploi soit réalisé ; mais il peut vouloir se libérer de cette obligation d'autant plus qu'il est astreint à payer les intérêts du prix d'acquisition. Cela deviendrait assez onéreux pour lui, surtout si les époux s'entendaient pour retarder indéfiniment l'exécution du remploi. Pour sortir de cette situation, il n'a qu'à fournir lui-même le remploi, et à faire déclarer par la justice qu'il est bon, valable et régulier ; ou, s'il le préfère, il n'a qu'à faire des offres réelles suivies de consignation, en se conformant aux articles 1257 et suivants. Le mari sera alors forcé de justifier préalablement du remploi pour retirer le prix de la Caisse des Consignations.

Toutefois cette consignation libérera-t-elle le tiers acquéreur de l'obligation de surveiller le remploi et le dégagera-t-elle de toute responsabilité ? Pour soutenir l'affirmative, on s'est fondé sur l'article 1257, al. 2 : « Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur, elles tiennent lieu à son égard de paiement lorsqu'elles sont valablement faites et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier. » On a soutenu que les deniers ayant cessé d'appartenir à l'acquéreur, il était impossible de le contraindre à surveiller l'emploi de son prix ; on a enfin invoqué l'équité qui ne peut pas laisser le tiers dans l'alternative ou de garder indéfiniment de l'argent dont il veut se défaire, ou de rester, malgré le paiement effectué, responsable de l'emploi de cet argent. Quelle que soit la valeur

de ces arguments, il faut décider que des offres réelles et la consignation du prix de vente ne peuvent pas libérer le tiers acquéreur d'un immeuble doté de l'obligation de surveiller le emploi. Et en effet en consignat les deniers, le tiers acquéreur ne s'est libéré que d'une seule obligation, celle de payer le prix de vente, mais il en a une autre qui a son existence particulière et qui est indépendante du paiement, celle de surveiller le emploi ; or la consignation pas plus que le paiement effectif ne la fait disparaître. D'ailleurs, comme nous l'avons dit plus haut, l'acquéreur a toujours la ressource de fournir lui-même le emploi et de le faire homologuer par la justice (1).

Quant aux conditions auxquelles la validité du emploi est subordonnée, il faut par analogie appliquer l'article 1435, et notamment l'acceptation de la femme sera indispensable aussi bien que sous tous les autres régimes, à moins toutefois que le contrat de mariage n'en ait décidé autrement. Si donc il a été donné au mari pouvoir d'effectuer seul le emploi, le consentement de la femme ne sera pas nécessaire.

Le contrat de mariage peut également avoir déterminé en quelle nature de biens le emploi devra être fait : en ce cas on devra se conformer à ses prescriptions. Mais s'il est muet sur ce point, ou stipule d'une manière générale un emploi en immeuble, le emploi pourra être fait en immeu-

(1) Cass. 14 fév. 1857. Sir. 57 1, 580, Caen 8 et 26 janv. 1872, Sir. 72, 2, 49t. et 50.— Daniel de Folleville, *Revue prat.* XXXIX, p. 184 et suiv.

bles de toute espèce, même en actions immobilisées de la Banque de France, et depuis la loi du 2 juillet 1862 (art. 46) en rentes 3 pour 100 de la dette française. Dans cette dernière hypothèse, l'immatricule de ces rentes au grand livre de la dette publique devrait en indiquer l'affectation spéciale.

Le remploi doit être total, c'est-à-dire qu'il doit procurer à la femme l'équivalent de son immeuble aliéné, autrement l'acquéreur ne serait libéré que de la portion du prix qui aurait été effectivement remployée. Une question pratique s'est présentée à ce sujet : à la charge de qui sont les frais du remploi ? Il a été décidé par plusieurs arrêts que c'était à l'acquéreur de les supporter, parce que s'ils étaient à la charge de la femme, le remploi ne serait pas total et ne représenterait pas la valeur de l'immeuble aliéné (Caen, 18 nov. 1837, Sir. 37, 2, 186, et 7 juillet 1845. Journal Pal. 1845, II, 609). Mais aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine paraissent fixées en ce sens que c'est la femme qui doit les payer (Cass. 16 nov. 1859. Sir. 60, 1, 241. Troplong, n° 3428. Aubry et Rau, t. V, § 537, p. 582). A quel titre pourrait-il en être autrement ? Les frais d'actes et autres accessoires de la vente sont en effet à la charge de l'acheteur (art. 1593) ; or, ici, l'acheteur c'est la femme. Sans doute la dot pourra se trouver diminuée, mais cette diminution ne constitue pas, à proprement parler, une perte, c'est plutôt une dépense nécessaire faite dans l'intérêt de la conservation de la dot. Si la femme a stipulé la clause de remploi, elle a voulu en courir les risques ; elle

peut en tirer avantage, c'est à elle à en subir les inconvénients.

Le plus souvent le remploi n'est effectué qu'après l'aliénation, mais il peut l'être valablement par anticipation, c'est-à-dire avant que l'immeuble qu'il s'agit de remplacer soit sorti du patrimoine de la femme. Il faut alors déclarer dans le contrat d'acquisition que l'immeuble est acquis pour remplacer un immeuble dotal dont l'aliénation est projetée. Cette doctrine combattue par plusieurs auteurs (Toullier, XII, 370. Odier, I, 326) est cependant généralement admise (Rod. et Pont, I, 677. Aubry et Rau, V, § 507, note 64 et § 537, p. 582. Cass. 5 déc. 1854. Sir. 55, 1, 353. Paris, 20 nov. 1858. Sir. 59, 2, 9). Il n'y a pas, en effet, de raison sérieuse pour entourer le remploi de difficultés et empêcher la femme de profiter d'une occasion favorable.

Mais le remploi peut-il être fait utilement après la dissolution du mariage? L'affirmative a été soutenue en doctrine (Rod. et Pont, t. 2, n° 557. Sériziat, n° 119) et a été admise par certains arrêts (Caen, 21 fév. 1845. Dal. 45, 2, 81 et 26 mai 1865. Dal. 66, 2, 1. Cass. 20 juin 1853. Sir. 54, 1, 5). On invoque d'abord l'article 1176, al. 2, d'après lequel une condition n'est réputée accomplie qu'à l'époque où il est certain qu'elle ne pourra plus s'accomplir; or, le remploi, dit-on, étant la condition à laquelle est subordonnée la validité de l'aliénation, si aucun délai n'a été fixé, cette condition peut être remplie à toute époque, même après la dissolution du mariage. De plus,

on se fonde sur cette considération que si le contrat de mariage cesse d'exister lors de la dissolution, c'est seulement pour l'avenir ; mais il subsiste quant aux conséquences des actes anciens ; il ne s'agit pas d'imprimer après coup le caractère dotal à l'immeuble acquis en remploi, car le remploi n'est que la conséquence de l'aliénation : c'est son exécution complémentaire. En faisant le remploi, c'est une condition que l'on remplit, l'immeuble acquis sera donc rétroactivement dotal, car aux termes de l'article 1179 toute condition accomplie est rétroactive dans ses effets.

MM. Aubry et Rau (t. V. § 537, p. 581) et Daniel de Folleville (*loc. cit.*), ont combattu cette opinion et nous croyons avec eux que le remploi ne peut plus être utilement effectué lorsque le mariage vient à être dissous. Tout d'abord c'est à ce moment que la situation respective des époux est arrêtée définitivement, c'est à ce moment que l'article 1564 oblige le mari ou ses héritiers à restituer sans délai les immeubles dotaux ou ceux acquis en remploi. Si le remploi n'est pas effectué, cette obligation ne pourra pas être accomplie ; que feront alors la femme ou ses héritiers ? Ils recourront à l'article 1560, et feront révoquer l'aliénation.

L'argument tiré de l'article 1176 n'est pas concluant. Quelle doit être en effet la situation de l'immeuble acquis en remploi ? Il doit devenir dotal comme l'était l'immeuble aliéné. Or, c'est ce qui ne peut avoir lieu : il n'y a de dotaux que les biens acquis pendant le mariage.

De plus, comme le font remarquer MM. Aubry et Rau, les intérêts de la femme ou de ses héritiers ne seraient pas complètement garantis par un semblable emploi « puisque ceux mêmes des créanciers de la femme qui n'auraient point d'action sur les biens dotaux, pourraient exercer leurs poursuites sur l'immeuble prétendument acquis en remploi après la dissolution du mariage ».

Les partisans de l'opinion contraire disent que le remploi n'a pour but que d'empêcher la dissipation du prix provenant de l'aliénation du fonds dotal. Mais nous répondons que ce n'est pas seulement l'emploi de ce prix en folles dépenses que l'on doit considérer comme dissipation, c'est également son emploi à payer des dettes de la femme en dehors des cas prévus par la loi. Le but que les époux se sont proposé, de conserver intacte à la femme sa fortune immobilière ne serait donc pas atteint.

M. Daniel de Folleville fait encore remarquer une conséquence bizarre : on aurait 30 ans depuis la dissolution du mariage pour opérer le remploi (art. 2262), tandis que l'action révocatoire elle-même se prescrit par 10 ans seulement (art. 1304 et 1560). Le remploi pourrait donc être effectué 20 ans après l'extinction de l'action révocatoire.

« En dernière analyse, conclut le même auteur, le pouvoir d'effectuer le remploi est corrélatif au pouvoir d'aliéner. Or on ne permettrait certainement pas au mari, après la dissolution du mariage, d'aliéner les immeubles dotaux ; donc il ne peut pas conserver le pouvoir de faire remploi ».

Si le remploi n'est plus possible après la dissolution

du mariage, en est-il de même après la séparation de biens ? M. Troplong (n° 3419) l'a soutenu ; d'après lui le tiers acquéreur ne peut pas se soustraire à l'action en nullité formée par la femme séparée. Le grand argument de ce système consiste à dire : c'est au mari en qualité d'administrateur qu'incombe l'obligation de faire le emploi, s'il ne l'a pas fait au moment où cesse son pouvoir d'administration, la femme se trouve investie de l'action en révocation qui ne peut pas être arrêtée par l'acquéreur.

Dans son traité *De la Dot*, M. Tessier (t. I, p. 406 et 407), propose une distinction. Il décide que, en général, le emploi n'est pas valable après la séparation de biens ; il n'y aurait d'exception qu'au cas où le mari ayant donné des délais pour le paiement, ces délais expireraient postérieurement à la séparation.

La solution de MM. Troplong et Tessier doit être écartée. Que ce soit en sa qualité d'administrateur que le mari doive faire emploi, c'est incontestable ; aussi n'a-t-on jamais soutenu qu'après la séparation de biens, le mari puisse encore valablement le faire : à partir de cette époque, c'est à la femme que revient l'administration des biens dotaux et tout le monde est unanime à reconnaître, MM. Troplong et Tessier eux-mêmes, que la femme peut valablement effectuer le emploi. Quelle raison y a-t-il alors de refuser au tiers acquéreur la possibilité de lui en fournir les moyens ? Il n'y a pas de texte de loi qui puisse être invoqué en ce sens. Il faut donc reconnaître à l'acquéreur le droit d'échapper à l'action de la femme en payant

le prix de l'immeuble qu'il a acquis ; ou s'il l'a déjà payé, en faisant un second paiement (Aubry et Rau, t. V, § 537, p. 580). La question a été diversement interprétée en jurisprudence ; toutefois les arrêts les plus récents admettent notre système (Cass. 20 juin 1853. Sir. 54, 1, 5. — Paris, 26 fév. 1868. Sir. 68, 2, 73).

L'emploi du prix de l'immeuble dotal au paiement des dettes de la femme antérieures au mariage ne serait pas un remploi suffisant. Le remploi suppose en effet une acquisition venant remplacer ce que l'aliénation a enlevé. Si les immeubles dotaux peuvent être aliénés pour payer certains créanciers, ce n'est qu'à condition de se conformer aux prescriptions de l'article 1558 ; or il n'est pas admissible que les époux puissent s'en affranchir en faisant des aliénations que leur contrat de mariage n'autorise qu'à charge de remploi (1).

La convention par laquelle la femme consentirait à ce qu'un de ses biens paraphernaux lui serve de remploi n'est pas valable ; elle est en effet contraire à l'immutabilité du contrat de mariage. Nous hésitons même à admettre qu'une telle stipulation puisse être insérée dans le contrat ; car il n'y aurait plus aucune sécurité pour les tiers qui achèteraient un paraphernal.

L'acquéreur d'un bien dotal n'est pas toujours exposé au recours de la femme lorsque le remploi n'a pas été effectué. Ainsi il n'a rien à craindre lorsque l'immeuble dotal a été exproprié pour cause d'utilité publique. Le tri-

(1) *Contra*-Riom, 9 mars 1880. Dal. 81, 2, 3.

bunal, en pareil cas, ordonne les mesures qu'il croit nécessaires. Si le mari ne fait pas le remploi indiqué, il encourra des dommages et intérêts à l'égard de sa femme ; mais celle-ci n'aura aucun recours contre le tiers acquéreur qui a payé son prix en se conformant à la décision de la justice.

Pendant le mariage l'obligation de faire remploi incombe au mari ; il ne pourrait donc pas attaquer l'aliénation sous prétexte qu'elle n'aurait pas été faite régulièrement. Le tiers acquéreur ne pourrait pas non plus demander la résolution de son contrat pour ce motif. Le défaut de remploi du prix crée une nullité purement relative qui ne peut être invoquée que par la femme ou par ses héritiers en se fondant sur l'article 1560.

Nous avons vu que l'immeuble acquis en remploi prenait la place de l'immeuble aliéné, il en prend aussi la nature : « *subrogatum sumit naturam subrogati*, » dit un vieil axiôme, « toute chose subrogée à une autre en acquiert la nature. » L'immeuble acquis en remploi deviendra donc dotal, il sera la propriété de la femme, c'est elle qui subira le préjudice de sa perte ou qui bénéficiera de l'augmentation de valeur qui pourra survenir comme elle aurait supporté la perte ou profité de l'augmentation de valeur de l'immeuble originairement constitué en dot. De plus, l'immeuble acquis en remploi sera lui-même aliénable à charge d'un nouveau remploi (1). La clause de remploi

(1) Nous supposons bien entendu qu'il ne s'agit pas d'un remploi prescrit par la loi ou par jugement.

insérée dans le contrat de mariage, en permettant ainsi d'aliéner indéfiniment le fonds dotal, à condition de le remplacer par un autre fonds affecté de la même dotalité, offre donc aux époux le moyen d'améliorer la dot par d'heureuses spéculations, en même temps qu'elle pourvoit à sa conservation.

Il nous reste en terminant l'examen de cette première exception au principe de l'inaliénabilité à faire remarquer que la femme mineure peut valablement, comme la femme majeure, stipuler dans son contrat de mariage que ses biens dotaux seront aliénables, pourvu qu'elle soit assistée des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage (1). En effet, cette condition une fois remplie, « le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible » (art. 1398). Mais cette disposition de la loi est exceptionnelle et doit par conséquent être limitée aux seules conventions matrimoniales, elle ne saurait s'étendre à celles qui sont étrangères à la formation ou au règlement de l'association conjugale (2).

La difficulté consiste à déterminer ce que l'on doit entendre par conventions matrimoniales. Dans l'ancien droit, Dumoulin disait à ce sujet : « *Habilis ad nuptias, habilis videtur ad omnia pacta quæ apponi in talibus*

(1) Rodière et Pont. t. 1, n° 39. Duranton t. 15 n° 476 et 478. Cass. 12 janv. 1847. *Journ. du Pal.*, t. 1 47, p. 245. *Contra* Roussilhe t. 1, p. 239. Tessier t. 1. p. 383.

(2) Rod. et Pont. t. 1, n° 41. Larombière. *Obligat.* t. 4 sur l'art. 1309 n° 2. — Cass. 10 déc. 1867. *Dal.* 67, 1, 475. — 23 février 1869. *Dal.* 69, 1, 179.

solent. » Ce principe un peu vague a été reproduit sans plus de précision malheureusement par le législateur moderne. Il y a donc là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. Nous citerons à titre d'exemple un cas sur lequel la Cour de Limoges a eu à se prononcer récemment : elle a annulé pour cause de minorité la clause du contrat de mariage par laquelle une mineure qui s'est constitué en dot les droits qui lui revenaient dans la succession d'un de ses frères avait cédé ces droits à un tiers (Limoges, 29 janv. 1879. Dal. 80. 2. 255).

L'aliénation permise par le contrat de mariage peut-elle se faire pendant la minorité de la femme sans recourir aux formalités de la vente en justice ? Il y aurait, d'après un arrêt de la Cour de Grenoble du 16 décembre 1848 (Dal. 49. 2. 189), une distinction à faire. Si la clause du contrat de mariage donne pouvoir au mari d'aliéner seul, sans faire intervenir sa femme, l'aliénation pourrait être faite à l'amiable. Les formalités de justice seraient au contraire nécessaires si le concours de la femme avait été exigé pour aliéner. Cette distinction ne nous paraît pas fondée et nous croyons que, dans un cas comme dans l'autre, l'aliénation ne peut avoir lieu qu'en justice. Il est bien vrai que la femme mineure a été émancipée par le mariage (art. 476), mais le mineur émancipé pas plus que le mineur non émancipé ne peut aliéner ses immeubles sans observer certaines conditions et certaines formalités (art. 484, 457, 459), dont la latitude laissée aux conventions matrimoniales ne peut pas l'exempter.

SECTION II.

Exceptions résultant des dispositions du Code.

Les articles 1555, 1556, 1558 et 1559 contiennent les exceptions que le législateur a édictées d'une manière expresse. Les immeubles dotaux peuvent être aliénés :

- 1° Pour l'établissement des enfants (art. 1555 et 1556).
- 2° Pour diverses causes énumérées dans l'article 1558.
- 3° Pour cause d'échange (art. 1559).

§ 1. — *Etablissement des enfants,*

L'ancienne jurisprudence des Parlements de droit écrit avait admis cette exception. Le Parlement de Grenoble allait même jusqu'à permettre à la femme de donner avec le consentement de son mari ses biens dotaux pour l'établissement de parents collatéraux (Benoit. De la Dot. t. 1, n° 220).

Deux cas sont prévus par les articles 1555 et 1556 : dans le premier, il s'agit de l'établissement des enfants nés d'un précédent mariage ; dans le second, de l'établissement des enfants communs.

La mère, autorisée de son mari, peut disposer de ses biens dotaux en faveur d'enfants qu'elle aurait eus d'un

premier lit ; mais prévoyant le cas où le mari n'ayant qu'une affection très restreinte pour ces enfants se refuserait sans motifs sérieux à autoriser la libéralité de la mère, la loi a voulu que celle-ci pût recourir à la permission de la justice. Si le mari donne l'autorisation, il est censé renoncer à son droit de jouissance sur les biens, objet de la donation : ces biens sont donc déferés aux enfants du premier lit de la femme sans aucune réserve en faveur du mari. Mais lorsque la femme n'est autorisée que par justice, l'aliénation ne peut pas préjudicier au mari : la jouissance des biens donnés doit lui être réservée (art. 1555).

Quant à l'établissement des enfants communs, l'article 1556 permet l'aliénation à la femme autorisée de son mari ; mais il ne parle pas de l'autorisation de justice. Faut-il admettre que la femme pourra se faire autoriser par justice au cas de refus du mari, en lui réservant la jouissance des biens donnés, comme dans le cas précédent ? La question est fort controversée. Dans un premier système, on a soutenu que l'article 1556 n'a apporté aucune dérogation au principe général de l'article 219 qui permet à la femme de se faire autoriser par justice à passer un acte pour lequel son mari lui a refusé l'autorisation. Mais cette autorisation ne peut avoir pour effet d'engager personnellement le mari et de lui faire perdre malgré lui son droit de jouissance, la femme ne pourra alors disposer que de la nue propriété. On fait encore remarquer que M. Duveyrier, dans son rapport au Tribunat ne paraissait nullement distinguer, puisqu'il disait : « Dans les deux cas, la femme n'a besoin

que du consentement de son mari, ce n'est qu'à défaut de ce consentement qu'elle a recours à l'autorisation du juge (1).

Dans un second système, on a fait une distinction. L'autorisation du mari ne sera indispensable à la femme pour donner ses biens dotaux que si l'enfant de l'établissement duquel il s'agit est mineur quant au mariage, attendu que d'après l'article 373, l'enfant n'est placé alors que sous l'autorité du père. Mais si l'enfant est majeur quant au mariage, l'autorisation de justice pourra suppléer celle du père (2).

Enfin dans un troisième système, qui doit être adopté de préférence, on décide que l'autorisation maritale est dans tous les cas nécessaire à la femme qui veut aliéner sa dot pour l'établissement d'un enfant commun. L'argument tiré de l'article 219 doit être écarté : car si ce texte contient un principe général il faudrait démontrer que l'article 1556 n'y a pas apporté de dérogation. Or, c'est précisément ce qui a eu lieu ; cela résulte d'une manière évidente de la comparaison des articles 1555 et 1556.

Le premier permet à la femme de donner sa dot avec l'autorisation de son mari, et sur le refus du mari avec l'autorisation de justice ; c'est une application de l'article 219. Mais le second ne lui donne la même permission qu'autant qu'elle est munie de l'autorisation du mari. Or, en présence

(1) Toullier t. XIV n° 191. — Rouen 24 déc. 1841, Sir. 42. 2. 77.

(2) Duranton, t. XV, n° 497. — Taulier, t. V, p. 285.

de cette rédaction différente de deux articles placés l'un après l'autre, comment peut-on soutenir que le législateur ait voulu assimiler les deux cas ? Si telle eût été son intention, l'article 1556 devenait bien utile ; il n'était pas besoin de distinguer les enfants d'un premier lit des enfants communs, il suffisait de les comprendre tous dans l'article 1555 ; mais du moment où une disposition spéciale leur a été consacrée, c'est que le législateur a voulu établir une différence entre eux. Et cette différence se justifie parfaitement, car le mari pourrait très bien quand il s'agit de l'établissement d'enfants du premier lit, refuser son autorisation sans motifs sérieux ou même par malveillance ; tandis que rien de semblable n'est à craindre lorsqu'il s'agit de l'établissement de ses propres enfants. Le législateur a pensé en effet avec raison que ce ne serait que par des motifs graves et à contre-cœur qu'un père refuserait son autorisation ; et l'on comprend que dans l'intérêt de l'autorité paternelle et maritale, il n'ait pas voulu que la femme, cédant à un sentiment de tendresse souvent aveugle pour son enfant, pût encourager un établissement désapprouvé par le père.

La distinction qui a été proposée n'ôte rien de leur force aux arguments que nous venons de développer. Si le législateur a cru nécessaire de permettre aux enfants qui ont atteint un certain âge de se marier sans avoir le consentement de leur père, cela ne prouve pas qu'il ait entendu lui enlever le soin de conserver inaliénable la dot de sa propre femme. Au surplus ces auteurs ne se placent que dans

l'hypothèse d'un établissement par mariage ; mais le mot établissement est loin d'avoir une portée aussi restreinte (1).

A propos de l'autorisation judiciaire, on s'est encore demandé, si dans le cas où la femme peut recourir à la justice, le tribunal est obligé d'accorder son autorisation, ou si au contraire il est libre de la refuser. La justice doit être libre. Cette autorisation n'est pas en effet une simple formalité, n'ayant d'autre raison que d'occasionner une gêne ; c'est une garantie, une protection pour la femme. Le but du législateur ne serait pas atteint si le tribunal devait forcément consentir à l'aliénation.

Que faut-il entendre par le mot enfants dont se sont servis les articles 1555 et 1556 ? Une opinion généralement abandonnée aujourd'hui limitait le sens de cette expression en la restreignant aux enfants du premier degré (Benoit t. I, n° 225). Il est admis que ces textes ont une portée plus large. Enfants doit comprendre les petits-enfants : « *Liberiorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur* », disait la loi romaine (L. 220. Dig. *De verb. sign.*). Et cette solution devrait être donnée même au cas où l'enfant du premier degré serait encore vivant. La femme en dotant ses petits-enfants ne fait qu'avancer pour eux l'époque où les biens constitués en dot leur seraient parvenus. Il y a en leur faveur les mêmes raisons que pour les enfants (Rod. et Pont. t. 2, n° 509. Tessier, t. 1, p. 377).

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 507. — Aubry et Rau, t. V, § 537, texte et note 100. — Limoges, 2 sept. 1835, Sir., 35, 2, 513.

La disposition de l'article 1556 devrait également être appliquée aux enfants adoptifs des deux époux, et même aux enfants naturels qu'ils auraient omis de légitimer. S'il s'agissait d'un enfant naturel que la mère aurait eu avant le mariage, d'un autre que de son époux et qu'elle aurait reconnu avant cette époque, elle pourrait user de la faculté que lui donne l'article 1555. Il n'y est question, il est vrai, que de l'enfant légitime ; mais il y a parité de motifs pour l'appliquer à l'enfant naturel. Si toutefois la reconnaissance n'avait été faite que pendant le mariage et s'il existait de ce mariage des enfants légitimes ou légitimés, l'établissement ne pourrait pas avoir lieu, car aux termes de l'article 337, cette reconnaissance ne peut causer préjudice à l'époux ou aux enfants issus du mariage.

C'est encore dans un sens large qu'il faut entendre le mot établissement : ainsi ce n'est pas seulement à l'établissement par mariage que s'appliquent les articles 1555 et 1556, mais à toute espèce d'établissement ayant pour but de donner à l'enfant une position dans le monde et de lui assurer sa carrière. La femme pourrait donc donner ses biens dotaux pour l'achat d'un fonds de commerce, d'un greffe, d'une étude d'avoué, de notaire ou d'huissier. Devra être considéré comme établissement la pension à payer aux écoles du Gouvernement où les élèves ont la certitude d'avoir à leur sortie un emploi qui leur donne à vivre. Par contre, on ne doit pas regarder comme un établissement dans le sens de la loi celui dont l'objet serait de se livrer à des spéculations hasardeuses ou à des entreprises qui ne

présenteraient pas des conditions de stabilité et de durée.

Avant la nouvelle loi sur l'armée, on s'était demandé si le rachat du service militaire constituait un établissement. L'affirmative avait fini par être consacrée par la jurisprudence. En doctrine, les auteurs même qui repoussaient cette solution en principe l'admettaient par exception, s'il s'agissait d'un enfant qui pouvait être le soutien de ses parents, ou qui avait déjà une profession lucrative. La question se présente aujourd'hui en ce qui concerne la dépense nécessaire pour permettre à un jeune homme de faire son volontariat et d'abrégé ainsi la durée du service militaire. On doit voir là un établissement, alors même que l'enfant n'aurait pas encore de position ; car, surtout dans les carrières libérales, il peut y avoir grand intérêt à ne pas interrompre, ou à ne pas trop retarder les études préparatoires à l'établissement.

Le législateur qui permet à la femme dûment autorisée de donner ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants autorise la disposition de la dot par tous moyens directs et indirects et par tous actes licites d'après le droit commun. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens ; et c'est aussi la doctrine généralement enseignée par les auteurs (1).

La faculté de donner comprend donc la faculté d'aliéner pour le même motif, et l'acquéreur devra veiller à ce que les fonds par lui versés ne soient pas détournés de leur destination.

(1) *Contra*. M. Colmet de Santerre t. 6, n° 228 bis IV, p. 481.

La femme pourra hypothéquer ses biens dotaux pour cette cause, elle pourra céder son hypothèque légale ou y renoncer, elle pourra s'obliger. Ainsi la Cour de Cassation a décidé que la femme pouvait emprunter valablement un titre de rente sous la condition de restituer au prêteur, à l'époque fixée pour le remboursement, un titre nominativement égal à celui qu'elle reçoit et que cet engagement était exécutoire sur les biens dotaux pourvu que le montant du prêt eût été entièrement employé à l'établissement de l'enfant (23 juin 1880. Dal. 80, I, 442).

Mais la femme ne pourrait pas cautionner sur ses biens dotaux la restitution de la dot constituée à l'épouse de l'un de ses enfants. Si la loi en effet s'est montrée favorable à l'établissement des enfants, on ne peut pas en étendre les dispositions exceptionnelles dans l'intérêt et au profit des tiers.

Pour que l'aliénation autorisée par le législateur soit valable, elle doit avoir été faite de bonne foi, c'est-à-dire avoir réellement pour cause l'établissement des enfants. Si la cause n'était que simulée, et que l'aliénation ait été faite non en vue de l'enfant mais pour procurer au mari des ressources illégales, elle serait évidemment nulle.

Les articles 1555 et 1556 reçoivent-ils encore leur application lorsque la femme possède des biens paraphernaux libres et suffisants? Dans l'ancien droit, d'après les coutumes d'Auvergne (art. 6, ch. 14) et de la Marche (art. 401), et suivant l'opinion de Domat (tit. 9, sect. 3, n° 13),

la donation des biens dotaux n'aurait pas été valable en ce cas.

Cette solution n'est pas admissible dans notre droit moderne. Le législateur, en effet, n'a pas distingué si la femme a ou n'a pas de biens paraphernaux ; l'autorisation qu'il donne est générale et se justifie d'ailleurs pleinement, car il peut y avoir des motifs particuliers d'utilité ou de convenance pour que la femme préfère garder ses paraphernaux. Les intérêts du mari sont suffisamment garantis puisque la femme ne peut pas le priver de la jouissance des biens dotaux contre son consentement.

La femme qui a des paraphernaux ne doit-elle pas tout au moins affecter ses biens dotaux à l'établissement de son enfant d'une manière expresse ? Suivant l'opinion de Catelan (liv. 4, ch. 4, t. 2, p. 13), la femme dans notre ancien droit devait déclarer formellement qu'elle avait voulu engager ses biens dotaux. Cette opinion était toutefois combattue par Vedel (liv. 4, ch. 4, p. 12) et Serres (Institutes, p. 191). Le Code civil n'a pas exigé de déclaration expresse à cet égard, il suffira donc que l'intention de la femme d'employer ses biens dotaux à l'établissement de l'enfant, résulte clairement de l'acte de disposition (Cass. 18 fév. 1852. Dal. 52, 1, 88). Dans le doute, c'est le contraire qui doit se présumer.

§ 2. — *Causes d'aliénation de l'article 1558.*

L'article 1558 fait fléchir la règle de l'inaliénabilité dans cinq cas que nous allons étudier séparément :

1° « L'immeuble dotal peut être aliéné pour tirer de prison le mari ou la femme. » Peu importe la cause de l'emprisonnement, qu'il s'agisse d'un emprisonnement par suite d'un délit ou pour une dette purement civile, l'aliénation de la dot est permise. Cette exception a perdu une grande partie de son utilité depuis que la loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale ; cependant elle pourra encore recevoir son application puisque la loi de 1867 a maintenu la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle et de simple police.

Est-il nécessaire que le mari soit déjà en prison pour qu'on permette l'aliénation ? MM. Rodière et Pont (t. 2, n° 513) ont soutenu que la dot était aliénable même pour prévenir l'incarcération. Mais la jurisprudence et la grande majorité des auteurs repoussent cette opinion. Les termes dont s'est servi l'article 1558 sont trop positifs pour que l'on puisse s'en écarter : c'est pour tirer le mari de prison qu'il autorise l'aliénation, il faut donc que l'emprisonnement ait commencé. Telle était l'opinion des anciens auteurs (Pothier, Puiss. marit. n° 38).

L'autorisation d'aliéner la dot pour tirer le mari de prison ne peut être accordée si la femme s'y oppose. Nulle

part, la loi n'a imposé à la femme le sacrifice de sa dot pour rendre la liberté à son mari.

Mais si c'est la femme qui est incarcérée, l'aliénation de la dot peut être autorisée malgré le refus du mari, dont toutefois le droit de jouissance doit être respecté.

Nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui, le mari reste débiteur envers sa femme du montant des sommes que celle-ci a payées pour le rendre à la liberté; s'il revient à meilleure fortune, il devra donc l'indemniser.

2° « L'immeuble dotal peut être aliéné pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206. » Par le fait même du mariage, les parents contractent l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants; et cette obligation a pour corollaire celle des enfants de nourrir et d'entretenir leurs parents. Ce sont là des devoirs sacrés, à l'accomplissement desquels l'ordre public est intéressé et devant lesquels devait nécessairement fléchir le principe de l'inaliénabilité. Le fonds dotal pourra donc être aliéné pour fournir des aliments aux descendants, aux ascendants, au beau-père et à la belle-mère, au gendre et à la belle-fille. A plus forte raison, quoique les textes n'en parlent pas, l'aliénation pourra-t-elle être autorisée pour fournir des aliments aux époux eux-mêmes. Il y a accord sur ce point.

La dot pourrait encore être aliénée pour fournir des aliments à un enfant du premier lit de la femme ou à un enfant naturel reconnu avant son mariage. Cette solution a cependant été combattue. MM. Aubry et Rau notamment

soutiennent que l'autorisation ne devrait pas être accordée parce que l'exception de l'article 1558 ne s'applique qu'au cas d'obligations communes aux deux époux (§ 537, texte et note 118, p. 589). C'est montrer trop de rigueur. La femme, en effet, peut se faire autoriser à aliéner pour l'établissement d'un enfant d'un premier lit, pourquoi ne le pourrait-elle plus lorsqu'il ne s'agit que de lui fournir des aliments. Le mari est libre, s'il veut conserver son droit de jouissance, de refuser son consentement à l'aliénation que voudrait faire sa femme. En ce qui concerne l'enfant naturel, l'autorisation pourrait également être donnée, il a droit en effet à des aliments. Or, cette dette alimentaire qui pèse sur la mère ne peut pas s'éteindre par cette seule raison qu'elle s'est mariée sous le régime dotal. Bien plus, il doit en être de même pour l'enfant naturel reconnu depuis le mariage. Sans doute cette reconnaissance ne doit préjudicier ni au mari ni aux enfants, mais la dette alimentaire de l'enfant naturel n'en subsiste pas moins, et l'aliénation n'offrira aucun inconvénient pour le mari puisqu'il pourra conserver son droit de jouissance.

L'expression *aliments* comprend tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, non-seulement la nourriture, mais encore le logement, les vêtements, les remèdes et les soins en cas de maladie ; elle comprend également l'éducation « qui est le pain de l'esprit et qui est pour les parents un devoir aussi étroit que la nourriture du corps » (Troplong, n° 3449).

L'autorisation d'aliéner la dot peut être donnée non-

seulement pour payer les dépenses à faire, mais encore pour payer les dépenses déjà faites, pourvu qu'elles présentent le caractère alimentaire et qu'elles aient été commandées par la nécessité.

Quand il s'agit d'aliments, la fraude est peu à redouter, et il est assez probable que les sommes provenant de la vente du bien dotal recevront leur destination ; cependant il est quelquefois arrivé que la justice a chargé un tiers d'en surveiller l'emploi. En tout cas, les débiteurs de la dot sont libérés dès qu'ils se sont acquittés conformément au jugement : la surveillance de l'emploi ne leur incombe pas.

La femme n'a pas de recours contre son mari lorsque son immeuble dotal a été aliéné pour cause d'aliments. Si c'est le mari qui en principe doit subvenir aux besoins du ménage, lorsqu'il se trouve sans ressources, cette obligation incombe à la femme qui, en consacrant sa dot à soutenir la famille, n'a fait en définitive qu'acquitter sa propre dette.

3° « L'immeuble dotal peut être aliéné pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage. » Cette exception est fondée sur un motif d'honnêteté et de loyauté qui est trop facile à comprendre pour avoir besoin d'être démontré. L'ancienne jurisprudence française avait, elle aussi, admis cette cause d'aliénation ; dans le ressort de certains Parlements, ceux de Grenoble et de Toulouse entre autres, il n'était même pas

besoin de recourir aux formalités de justice (Benoit, t. I, n° 236).

Occupons-nous d'abord de l'aliénation pour le paiement des dettes de la femme. Ces dettes doivent avoir date certaine antérieure au contrat de mariage. Malgré la précision de ces expressions, des difficultés se sont présentées. Ainsi l'on s'est demandé si l'aliénation pouvait être autorisée pour le paiement des dettes contractées par la femme après le contrat de mariage, mais ayant date certaine antérieure au mariage. Les auteurs qui autorisent l'aliénation soutiennent que les mots *contrat de mariage* de l'article 1558 ne doivent pas être interprétés littéralement et que l'époque que le législateur avait en vue lors de la discussion de cet article était celle de la *célébration du mariage* : ces deux expressions, font-ils remarquer, sont souvent employées l'une pour l'autre, c'est ainsi que l'article 2135 nous dit que l'hypothèque légale de la femme prend rang au jour du mariage et que l'article 2194 la fait rétroagir jusqu'au jour du contrat de mariage. Ils invoquent encore par analogie les articles 1409 et 1410 qui, sous le régime de la communauté et pour les dettes des époux, ne considèrent que l'antériorité du mariage (Bellot des Minières, t. IV, p. 133. Toullier, t. XIV, n° 340).

Nous croyons au contraire que ces dettes restent complètement en dehors de l'exception établie par la loi. Le texte de l'article 1558 vise formellement les seules dettes antérieures au contrat de mariage. Poser en principe qu'il y a là une erreur de rédaction nous semble assez ar-

bitraire. Si du rapprochement des articles 2135 et 2194, il résulte en effet que dans ce dernier le législateur s'est servi des expressions *contrat de mariage* au lieu de dire *célébration du mariage*, il ne s'ensuit pas que dans tous les textes où *contrat* sera écrit l'on doive dire *célébration*, surtout quand l'emploi du mot *contrat* est pleinement justifié, comme dans notre cas. Il était en effet de toute nécessité d'empêcher la femme de porter atteinte à sa constitution dotale et de tromper la bonne foi de son mari en l'autorisant à contracter dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage du jour de la célébration des obligations plus ou moins considérables exécutoires sur les biens dotaux. L'argument d'analogie tiré des articles 1409 et 1410 ne peut pas avoir d'influence sur la solution de cette question. En effet, si ces articles mettent à la charge de la communauté toutes les dettes contractées par la femme avant le mariage, cela tient à ce que sous la communauté, comme le fait remarquer M. Trop'long (n° 3468) « qui épouse la femme, épouse les dettes, » c'est au mari à prendre ses précautions. Mais sous le régime dotal, il n'est tenu que des dettes grevant les apports de la femme, il importe donc que, une fois ces apports faits, les engagements postérieurs n'aient pas d'effet sur eux. Or, c'est le contrat de mariage qui fixe ces apports, c'est donc lui qui doit déterminer le moment à partir duquel les dettes de la femme ne pourront plus être payées sur les biens dotaux (Rod. et Pont, t. 2, n° 517. Aubry et Rau, § 537, note 120, p. 589).

Si la dette doit avoir date certaine antérieure au con-

trat de mariage, il n'est pas nécessaire qu'elle soit liquidée à ce moment. C'est ainsi que l'article 1558 s'appliquerait sans difficulté au cas d'un compte de tutelle rendu par une mère remariée. Il en serait de même dans le cas de condamnation pécuniaire pour réparations civiles ou pour dépens, alors même que ces condamnations n'auraient été prononcées contre la femme que depuis le mariage mais en raison d'un procès commencé auparavant.

Si l'article 1558 ne permet aux époux d'aliéner l'immeuble dotal pour payer une dette de la femme antérieure au contrat de mariage qu'autant que l'aliénation en aura été autorisée par justice, les créanciers munis d'un titre ayant date certaine antérieure au contrat de mariage ne sont nullement forcés de recourir à cette formalité. Et en effet ou ils ont conservé leur droit de poursuite sur les immeubles dotaux et alors ils n'ont pas besoin de se faire autoriser pour exercer un droit qui leur appartient et que la constitution de dot n'a pu ni altérer ni modifier ; ou au contraire ils ont perdu leur droit et ce n'est pas l'autorisation de la justice qui peut le leur faire recouvrer.

Mais dans quels cas les créanciers conservent-ils malgré la constitution de dot leur droit de poursuite ?

Plusieurs cas sont à distinguer : si la femme s'est constitué en dot l'universalité de ses biens ou une quote-part de cette universalité ; les créanciers peuvent certainement poursuivre leur paiement sur les biens dotaux, car cette universalité est devenue dotale telle qu'elle se comportait, c'est-à-dire grevée de son passif.

Il est non moins certain que les créanciers de la femme peuvent saisir même les biens constitués individuellement lorsqu'ils étaient affectés hypothécairement au paiement de leurs créances, car l'hypothèque met obstacle à tout ce que le propriétaire pourrait faire, même de bonne foi, au préjudice du créancier.

Enfin si la constitution de dot avait été frauduleuse, elle ne serait pas davantage opposable au créancier : tout créancier, en effet, hypothécaire ou chirographaire, peut attaquer les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits (art. 1167) ; mais en ce dernier cas, la nue-propriété seule serait saisissable à moins que le créancier ne prouve que le mari s'est rendu complice de la fraude de sa femme.

Dans ces trois hypothèses, tout le monde est d'accord. La femme pourra sans doute demander à la justice l'autorisation d'aliéner : elle peut avoir intérêt à prendre les devants pour éviter l'accumulation prolongée d'intérêts ou les frais toujours considérables d'une saisie immobilière. Mais si elle ne le fait pas, elle continuera à être exposée aux poursuites de ses créanciers.

Une question plus délicate est celle de savoir si les créanciers de la femme peuvent agir sur les biens qu'elle s'est constitués individuellement et sans fraude, lorsque ces biens ne sont pas affectés hypothécairement au paiement de leurs créances. Il ne peut être question que de la nue-propriété, les créanciers chirographaires n'ont aucun droit

sur la jouissance des biens dotaux qui a cessé de faire partie du patrimoine de leur débitrice.

Il a été soutenu que les créanciers ne peuvent même pas saisir la nue-propriété des biens dotaux. On dit dans ce système que s'il est vrai qu'un bien serve de gage aux créanciers tant qu'il reste dans le patrimoine du débiteur, il est également certain que les modifications apportées par le débiteur à son droit de propriété affectent le gage des créanciers, or, par suite de la constitution de dot, la femme ne peut plus disposer du bien constitué ; comment alors le créancier pourrait-il saisir un bien qui est indisponible entre les mains de son débiteur ? (Marcadé, t. VI, p. 73).

Presque tous les auteurs qui ont écrit sur la dot professent un sentiment contraire ; ils enseignent que les créanciers chirographaires peuvent saisir la nue-propriété de l'immeuble dotal. En effet, s'il s'agissait d'une aliénation, le droit de poursuite des créanciers serait certainement perdu : leur gage serait sorti du patrimoine du débiteur, et s'il n'y avait pas eu fraude, ils n'auraient aucune action à exercer contre le tiers acquéreur. Mais est-ce que la constitution de dot est une aliénation en ce qui touche la nue-propriété des biens dotaux ? N'est-il pas indiscutable que la femme en reste propriétaire ? Ils sont donc restés dans son patrimoine et n'ont pas cessé d'être le gage de ses créanciers (Rod et Pont, t. 2, n° 518. — Aubry et Rau, § 538, p. 606).

Nous avons supposé jusqu'ici que la dot avait été constituée par la femme elle-même. Si la dot avait été consti-

tuée par un tiers, les créanciers de la femme n'auraient pas d'action sur les immeubles compris dans cette dot ; car ces immeubles qui n'étaient pas leur gage avant la constitution puisqu'ils ne faisaient pas partie du patrimoine de la femme, ne sont entrés dans ce patrimoine que frappés d'inaliénabilité et n'ont pu dès lors devenir leur gage. Mais rien ne s'oppose à ce que la femme se fasse autoriser par justice à aliéner ces immeubles pour effectuer le paiement que ses créanciers personnels ne peuvent pas exiger. L'article 1558 ne fait pas de distinction. Décider autrement pourrait causer d'ailleurs un grave préjudice à la femme, et même amener sa ruine, c'est ce qui arriverait si l'accumulation des intérêts atteignait ou dépassait la valeur de l'immeuble dotal à la dissolution du mariage.

Ce n'est pas seulement pour désintéresser les créanciers de la femme, mais encore pour payer les dettes du constituant que la justice peut, aux termes de l'article 1558, autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal, toujours à condition qu'elles aient acquis date certaine antérieure au contrat de mariage.

En ce qui concerne les créanciers du constituant, il est bien évident qu'ils n'auront jamais d'action sur les biens personnels de la femme, dotaux ou paraphernaux : jamais en effet la femme n'a été leur débitrice, mais ils conservent leur droit de poursuite sur les biens constitués par leur débiteur en cas de constitution individuelle quand une hypothèque grève l'immeuble donné en dot à la femme, et en cas de constitution universelle ou à titre universel.

Leur droit serait le même si le constituant avait fait à la femme une institution contractuelle ou s'il lui avait donné en dot ses biens présents et à venir.

Quand la constitution a été faite en fraude des droits des créanciers, ceux-ci peuvent invoquer le bénéfice de l'article 1167. Ils devront évidemment établir la fraude du constituant ; mais ils seront encore obligés d'établir qu'il y a eu complicité de la part de la femme dotée, et s'ils veulent s'attaquer même au droit d'usufruit du mari ils devront prouver sa participation à la fraude.

Dans toutes ces hypothèses, les époux peuvent pour éviter des poursuites demander à la justice l'autorisation d'aliéner l'immeuble dotal afin de désintéresser les créanciers du constituant. Mais dans le cas où ces créanciers ne peuvent pas agir sur les biens constitués en dot c'est-à-dire quand les biens ont été constitués individuellement et sans fraude ou quand ils ne sont pas affectés hypothécairement au paiement de leurs créances, les époux peuvent-ils encore se faire autoriser par justice à aliéner l'immeuble dotal pour les désintéresser ? Nous ne le pensons pas. Dans l'opinion contraire, on invoque un argument qui au premier abord paraît concluant : on dit que c'est précisément pour ce cas qu'a été rédigé l'article 1558. Qu'est-ce qu'a voulu le législateur ? c'est offrir à la femme le moyen de désintéresser les créanciers du constituant, et d'éviter ainsi le scandale qui résulterait de sa situation si elle conservait intacts entre ses mains les biens d'un donateur qui n'a pu payer ses dettes ; or la disposition de l'article 1558 serait complète-

ment inutile si elle ne s'appliquait qu'aux dettes dont les créanciers peuvent poursuivre le paiement. Mais les partisans de ce système semblent oublier que les dettes dont il s'agit ne sont pas personnelles à la femme, elle n'en est tenue civilement à aucun titre. Aussi quelque sérieuses que soient les raisons d'honneur et d'intérêt moral invoquées par nos adversaires, nous ne les croyons pas suffisantes pour faire fléchir le principe de l'inaliénabilité.

La règle de l'article 1558 relative à l'époque des dettes n'est pas applicable au cas où une succession, comprise dans la constitution de dot, viendrait à échoir à la femme pendant le mariage avec des dettes à payer. La femme aura le droit de demander à la justice l'autorisation d'aliéner des immeubles de cette succession pour payer les créanciers, qui pourraient dans le cas où la femme n'aurait pas recours à cette mesure poursuivre l'expropriation des biens qui composent cette succession et qui forment leur gage naturel.

4° « L'immeuble dotal peut être aliéné pour faire de grosses réparations indispensables pour la conservation de la dot ». Il vaut en effet infiniment mieux vendre une partie du fonds dotal et conserver le surplus que de le voir périr en totalité. Deux conditions sont exigées par la loi : il faut que les réparations soient indispensables à la conservation de l'immeuble et qu'il s'agisse de grosses réparations. Les réparations d'entretien ne seraient donc pas de nature à autoriser la vente de l'immeuble : le mari qui a sur les biens dotaux un droit de jouissance doit les supporter

comme tout usufruitier (art. 1562 et 605). L'autorisation d'aliéner devrait également être refusée aux époux s'il ne s'agissait que de réparations utiles ou même donnant plus de valeur au fonds dotal. Si le délabrement des biens dotaux qui rend indispensables les grosses réparations provenait non pas de la vétusté ou de la force majeure, mais de la négligence du mari, l'autorisation d'aliéner pourrait sans doute être accordée, mais la femme aurait le droit de demander une indemnité à son mari.

Il n'est pas nécessaire que l'autorisation d'aliéner précède le commencement des travaux, car il peut y avoir urgence. Si la bonne foi des époux était établie, l'autorisation qu'ils viendraient demander après coup à la justice ne saurait leur être refusée.

Il ne faut pas prendre complètement à la lettre les expressions : réparations indispensables à la conservation de l'immeuble : on doit au contraire les étendre aux cas où il s'agit de faire des dépenses qui, bien que ne constituant pas à proprement parler une réparation, sont néanmoins indispensables à la conservation de l'immeuble dotal. C'est ainsi que l'autorisation d'aliéner pourrait être donnée pour payer les frais d'un procès relatif aux biens dotaux, ou pour faire une construction qui doit empêcher la perte de l'immeuble, par exemple une digue sans laquelle il serait submergé. Mais s'il s'agissait de constructions nouvelles ne présentant pas ce caractère de nécessité, l'autorisation devrait être refusée, alors même qu'une plus-value en résulterait ou en aurait résulté. Cette solution est rigoureuse

dans le cas où la plus-value serait manifestement établie ; aussi a-t-elle été combattue par certains auteurs qui ont invoqué le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui et qui ont pensé que le mineur étant tenu de l'action *De in rem verso*, il n'y avait aucune raison de protéger la femme dotale d'une façon plus efficace (Rod. et Pont, n° 520. Bertauld *op. cit.* p. 505, n° 636). Quoiqu'il en soit, autoriser l'aliénation dans ce cas, serait selon nous, s'écarter des limites tracées par l'article 1558 qui n'a entendu parler que des cas involontaires.

5° « Enfin l'aliénation peut avoir lieu lorsque l'immeuble dotal se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable. » Cette exception est fondée sur le principe de l'article 815 aux termes duquel : nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision. Si le partage en nature de l'immeuble indivis entre la femme dotale et un tiers est possible, ce partage, quelles que soient les personnes qui le provoquent n'a pas besoin d'être autorisé en justice, car l'autorisation ne pourrait pas être refusée (art. 815). L'article 1558 ne s'applique donc qu'au cas où les époux veulent recourir à la licitation : c'est au tribunal qu'il appartiendra de vérifier si l'immeuble est réellement impartageable, et si l'aliénation par ce moyen doit être autorisée.

MM. Rodière et Pont (t. 2, n° 523) pensent que si l'indivision existait seulement entre les époux, l'aliénation ne devrait pas être autorisée quoique l'immeuble fût impartageable, l'administration et la jouissance en étant réunies

sur la même tête, ils n'auraient aucun intérêt à sortir de l'indivision tant que dure le mariage.

L'opinion de MM. Aubry et Rau est préférable (§ 537, p. 594) : ils comprennent cette hypothèse dans celle prévue par l'article 1558, car le mari en tant que co-propriétaire de sa femme est évidemment un tiers.

Si l'adjudication a été prononcée en faveur de la femme, l'immeuble ne sera dotal que pour la part qu'elle y avait primitivement et qui avait été constituée en dot ; il sera paraphernal pour le surplus, la dot ne peut pas, en effet, être augmentée pendant le mariage. Mais la dotalité s'étendrait à l'immeuble tout entier si la constitution de dot comprenait tous les biens présents et à venir de la femme.

Si c'est le mari qui s'est rendu adjudicataire, il y a lieu de faire une distinction. S'il a acheté pour sa femme, avec mandat de celle-ci, on appliquera ce qui vient d'être dit pour le cas où c'est elle-même qui a acheté. Mais si le mari s'est rendu adjudicataire soit en son nom personnel, soit au nom de sa femme, mais sans mandat, elle jouira du droit d'option accordé en pareil cas par l'article 1408 à la femme mariée sous le régime de communauté. Il y a en effet analogie parfaite entre les deux situations. Du reste l'immeuble acquis par le mari ne sera toujours dotal que pour la part constituée en dot, à moins que la constitution dotale ne fût de tous biens présents et à venir.

Si l'immeuble a été adjudgé à un tiers, la femme viendra prendre sa part dans le prix de la licitation : cette part sera dotale et devra être employée comme telle à son profit.

Diverses formalités sont exigées pour parvenir à l'aliénation de l'immeuble dotal dans les cinq hypothèses prévues par l'article 1558. La première consiste à s'adresser à la justice pour obtenir un jugement d'autorisation. La demande doit être formée par une requête signée d'un avoué et le Ministère Public doit en recevoir communication ; mais quel sera le tribunal compétent ? le tribunal de la situation des biens ou le tribunal du domicile des époux ? On est d'accord pour décider que c'est par le tribunal de leur domicile que les époux devront se faire autoriser. C'est lui en effet qui est le plus à même de connaître leur situation et d'apprécier si l'aliénation est indispensable.

L'autorisation une fois obtenue, l'aliénation doit avoir lieu aux enchères, après trois affiches. Mais cette disposition de l'article 1558 a été modifiée par l'article 997 Proc. civ., lequel est ainsi conçu : « Lorsqu'il y aura lieu de vendre des immeubles dotaux dans les cas prévus par l'article 1558 du Code civil, la vente sera préalablement autorisée sur requête, par jugement rendu en audience publique. Seront au surplus applicables les articles 955, 956 et suivants du titre de la Vente des biens immeubles appartenant à des mineurs. » Or, l'article 959 auquel renvoie cet article 997 n'exige qu'une seule apposition d'affiches, il faut en conclure qu'il en sera ainsi dans les hypothèses de l'article 1558.

Lorsque les formalités exigées par la loi n'ont pas été observées, l'aliénation est nulle. Mais, en supposant qu'elles aient été observées, l'aliénation sera-t-elle com-

plètement inattaquable ? Le jugement qui l'autorise donnera-t-il entière sécurité au tiers acquéreur ? ou bien celui-ci demeurera-t-il responsable des erreurs qui pourraient avoir été commises par la justice ? Ces erreurs peuvent être de deux sortes : erreurs de droit, erreurs de fait. S'il s'agit d'une erreur de droit, si l'aliénation de l'immeuble dotal a été autorisée dans une hypothèse ne rentrant pas dans les cas prévus par l'article 1558, le tiers acquéreur serait responsable. C'est à lui, en effet, de s'enquérir du régime sous lequel est mariée la femme avec qui il traite, de la nature du bien qu'il veut acquérir, et enfin, d'examiner par lui-même ou par ses conseils si les conditions de l'article 1558 ont été observées. S'il ne l'a pas fait, il y a faute et imprudence de sa part et l'on conçoit que la loi puisse, sans trop de rigueur et d'injustice, le laisser exposé à être évincé.

Mais s'il s'agit d'une erreur de fait, le tiers acquéreur ne saurait être inquiété. La femme, tout en reconnaissant que les faits qui ont servi de base à l'autorisation rentrent dans les cas où la loi a autorisé la vente, alléguerait vainement que ces faits ne sont pas vrais, que la religion du tribunal a été surprise ; elle ne serait pas recevable à attaquer l'aliénation. Le tiers acquéreur n'a, en effet, aucune faute à se reprocher ; il était en droit de considérer comme constants des faits déclarés tels par le tribunal : on ne peut pas le rendre responsable des allégations mensongères des époux (1).

(1) M. Colmet de Santerre, t. VI, p. 492.

Pour obtenir l'autorisation d'aliéner, le consentement des deux époux à l'aliénation est-il indispensable ? A l'égard du mari, il est nécessaire de distinguer : il pourra agir seul dans les cas où l'aliénation aura pour but l'exécution d'une obligation imposée à la femme ; toutefois celle-ci devra être mise en cause puisque, en définitive, c'est son immeuble dont l'aliénation est demandée. Mais le consentement de la femme serait absolument nécessaire dans le cas où ce serait l'intérêt du mari qui se trouverait surtout en jeu, par exemple pour le tirer de prison.

Quant à la femme, elle peut certainement se faire autoriser à aliéner malgré le refus de son mari, et elle ne devrait lui réserver l'usufruit qu'autant qu'il s'agirait de l'exécution d'une obligation ne pesant que sur elle seule. Si au contraire la cause de l'aliénation constituait une obligation pour le mari comme pour la femme, le mari serait sans droit pour réclamer l'usufruit.

Il faut remarquer que dans les cas où la loi permet à la justice d'autoriser l'aliénation des immeubles dotaux, il peut être permis seulement de les hypothéquer. Mais les époux ne peuvent rien faire avant d'avoir été autorisés (sauf l'exception que nous avons admise pour la fourniture d'aliments et pour les grosses réparations) et une fois autorisés ils doivent se conformer aux prescriptions du jugement. Si donc le tribunal avait permis l'aliénation les époux ne pourraient pas contracter un emprunt garanti par une hypothèque sur le fonds dotal.

Il nous reste pour en finir avec l'article 1558 à exa-

miner sa dernière disposition. « Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme. » L'article 1558 est venu en effet apporter une exception au principe de l'inaliénabilité ; mais dès que les motifs qui l'ont fait admettre ont disparu, il est logique que la règle reprenne son empire et que ce qui reste de l'immeuble dotal soit inaliénable. L'emploi qui est exigé n'est autre qu'un remploi partiel et ce que nous avons dit précédemment du remploi à propos de l'article 1557 est applicable ici.

§ 3. — *Échange* (art. 1559).

L'échange est loin de présenter les mêmes dangers que la vente : aussi la loi permet-elle d'échanger l'immeuble dotal alors même que la femme ne s'est point réservé cette faculté dans son contrat de mariage. La nécessité absolue n'est même pas exigée, il suffit que l'utilité en soit dûment constatée.

Pour que l'échange soit valable, pour que le tiers coéchangiste ne soit point exposé à être évincé plus tard par la femme, il faut remplir certaines conditions :

En premier lieu, la femme doit donner son consentement, car elle est propriétaire de l'immeuble qu'il s'agit d'échanger. Quoique la loi ne le dise pas, le consentement du mari est également nécessaire, car l'échange est en

quelque sorte un acte d'administration et c'est le mari qui est administrateur de la dot : l'autorisation du mari ne pourrait donc pas être suppléée par l'autorisation de justice.

L'immeuble acquis en échange doit représenter au moins les quatre cinquièmes de la valeur de l'immeuble dotal.

L'utilité de l'échange doit être établie.

L'autorisation d'échanger doit être demandée à la justice.

Enfin, il faut une estimation par experts que le tribunal nomme d'office.

Lorsque ces formalités sont remplies, l'immeuble acquis en échange devient dotal soit pour le tout, soit seulement jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble échangé, suivant que la valeur du nouvel immeuble sera égale ou supérieure à celle de l'ancien. Dans le cas où la femme aurait droit à une soulte, cette soulte serait dotale et il devrait en être fait emploi comme telle à son profit.

SECTION III

Exceptions résultant de lois spéciales et de l'intérêt général.

L'intérêt général doit l'emporter sur toute considération d'intérêt privé ; tel est le motif qui a fait admettre quelques exceptions au principe de l'inaliénabilité, en dehors des cas énoncés formellement dans le chapitre du Régime dotal.

Les articles 13 et 25 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique contiennent l'une de ces exceptions :

Art. 13. — « Si les biens de mineurs, d'interdits, d'absents ou autres incapables sont compris dans les plans déposés en vertu de l'article 5, les tuteurs, ceux qui ont été envoyés en possession provisoire et tout représentant des incapables peuvent, après autorisation du tribunal donnée sur simple requête, en la chambre du conseil, le Ministère Public entendu consentir amiablement à l'aliénation des dits biens. Le tribunal ordonne les mesures conservatoires qu'il juge nécessaires. — Ces mesures sont applicables aux immeubles dotaux et aux majorats. »

Art 25 : — « Les femmes mariées sous le régime dotal, assistées de leurs maris...., peuvent valablement accepter les offres énoncées en l'article 23 (offres faites par l'administration), si elles y sont autorisées dans les formes prescrites par l'article 13. »

C'est sur cette même considération d'intérêt général que sont basées les exceptions qu'entraîne l'application des dispositions du Code sur les servitudes, et celles qui résultent des condamnations encourues par la femme pour délits ou quasi-délits ou de condamnations aux frais et dépens à la suite d'un procès relatif aux biens dotaux. Nous avons eu occasion, dans le chapitre précédent, de traiter les questions se rattachant à ces divers points, nous n'insisterons donc pas.

Il est encore un cas où le fonds dotal peut être aliéné

sans que cette faculté ait été réservée dans le contrat de mariage et sans qu'il soit besoin de recourir à l'autorisation de justice. La loi du 10 juillet 1850 a en effet exigé que l'officier de l'état civil qui va procéder à la célébration du mariage interpelle les futurs époux ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieux de résidence du notaire qui l'a reçu (C. civ. art. 75). Or, voici quelle est la sanction de cette obligation : « Si l'acte de célébration de mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. » (C. civ. art. 1391). Ainsi la femme qui a déclaré à l'officier de l'état civil n'avoir pas fait de contrat ne pourra pas invoquer contre les tiers les privilèges du régime dotal, à moins que dans l'acte même d'obligation les tiers n'aient été prévenus qu'il existait un contrat de mariage.

CHAPITRE V

DE LA SANCTION DE L'INALIÉNABILITÉ

La prohibition d'aliéner le fonds dotal a pour sanction la nullité des aliénations indûment faites (art. 1560). Mais

quelle est la nature de cette nullité ? Est-elle absolue ou simplement relative ? D'après le texte même de l'article 1560, la nullité n'est que relative ; les personnes qui peuvent faire révoquer l'aliénation sont désignées nominativement. Cette solution est confirmée par l'historique de la rédaction de cet article (Locré, t. 13, p. 226). Le projet portait en effet : « l'aliénation sera radicalement nulle. » Ces mots furent supprimés sur la proposition du Tribunat. Cette suppression indique assez clairement que le législateur a entendu écarter les idées de nullité absolue, de vente radicalement nulle.

L'article 1560 prévoit trois hypothèses : l'aliénation peut émaner soit de la femme autorisée du mari, soit de la femme seule, soit du mari seul.

Lorsque l'aliénation a été faite par la femme autorisée du mari, elle serait parfaitement valable sous tout autre régime que le régime dotal. Si sous ce régime elle est frappée de nullité, c'est que l'immeuble dotal est inaliénable. Mais l'inaliénabilité, a-t-on dit (Merlin Rép. v^o, Dot. § 8, n^o 5 et Zachariæ t. III, p. 579) est d'ordre public, et les actes qui font échec à ce principe doivent être frappés d'une nullité absolue. Comme l'a fait remarquer M. Tessier (t. 2, notes 687 et 688) c'est abuser de la maxime *Reipublicæ interest dotes mulierum salvæ esse* ; l'inaliénabilité a été établie avant tout dans un intérêt privé, dans l'intérêt de la famille ; elle a pour fondement l'incapacité de la femme, incapacité dont celle-ci n'a pu être relevée ni par l'autorisation de son mari, ni par

l'autorisation de justice. L'aliénation ne sera frappée que d'une nullité relative ; l'action par laquelle on pourra l'attaquer ne sera qu'une action en nullité ou en rescision.

Il résulte de cette solution des conséquences fort importantes. D'abord, la femme pourra ratifier l'aliénation faite pendant le mariage avec l'autorisation de son mari, lorsque par suite de la dissolution du mariage, elle aura recouvré sa capacité de disposer. De plus, cette aliénation pourra être cautionnée pendant le mariage, car aux termes de l'article 2012 « on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ». Le cautionnement pourra être fourni non-seulement par un étranger, mais encore par les héritiers ou par le mari de la femme dotale, par la femme elle-même autorisée de son mari. Ce dernier point a toutefois été contesté (Troplong, n° 3544. — Gide, *Rev. crit.* 1866, XXIX, p. 89, n° 4). Mais pourquoi donc le cautionnement de la femme ne serait-il pas valable, puisqu'elle peut disposer à son gré de ses paraphernaux ? Elle peut, avec l'autorisation de son mari les vendre, les donner ; elle peut les engager à la garantie de la vente du bien d'autrui. Quelle raison peut-il y avoir pour l'empêcher de les affecter à la garantie de la vente du fonds dotal ? En décidant que cette affectation n'est pas valable « on dépasse le but de la prohibition relative à l'aliénation des immeubles dotaux : cette prohibition, en effet, n'a d'autre fin que la conservation de la dot, et les conséquences de la nullité destinée à la sanc-

tionner doivent se renfermer dans cet objet » (Aubry et Rau, § 537, texte et note 51).

Il est à remarquer en ce qui concerne les héritiers que leur cautionnement ne serait valable qu'autant qu'ils se seraient engagés *hic et nunc*, comme le ferait un tiers ; car s'ils ne s'engageaient que comme héritiers présomptifs, c'est-à-dire seulement pour le cas où ils deviendraient héritiers, ils feraient un pacte sur une succession future et leur cautionnement serait nul.

Lorsque l'aliénation du bien dotal a été faite par la femme seule, indépendamment du concours de son mari, le vice dont elle est atteinte tient à deux causes : à sa qualité de femme dotale qui la frappe d'incapacité, à sa qualité de femme mariée non autorisée de son mari qui la rend également incapable. La vente est donc nulle à un double titre et cette nullité, comme dans le cas précédent, est purement relative. Tout ce qui a été dit à propos de ce dernier peut recevoir ici son application.

Supposons enfin que l'aliénation émane du mari seul. On a soutenu que si le mari avait vendu comme sien l'immeuble dotal, l'aliénation serait frappée d'une nullité absolue. Il n'y a pas eu seulement aliénation d'un immeuble inaliénable, a-t-on dit, mais l'aliénation a été faite par quelqu'un qui n'était pas propriétaire ; le mari a vendu la chose d'autrui (art. 1599), la vente est radicalement nulle. Dès lors la femme, qui est propriétaire du fonds aliéné, aura l'action en revendication contre le tiers détenteur, à partir du moment où elle aura recouvré l'administration de ses

biens et l'exercice de ses actions dotales. L'acquéreur ne pourra se prévaloir que de la prescription de 30 ans s'il est de mauvaise foi, et s'il est de bonne foi de la prescription de 10 à 20 ans (art. 2262, 2265); mais il pourra, lui aussi, attaquer la vente. Enfin même le mari aura qualité pour agir; sans doute le vendeur de la chose d'autrui ne peut poursuivre la nullité de l'acte qu'il a consenti, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*; mais ce n'est pas en son nom personnel, ce n'est pas comme vendeur qu'il agira contre l'acheteur, c'est comme chef de l'association conjugale, comme représentant légal de sa femme; et il y a là pour lui non pas seulement un droit, mais un devoir, car son inaction pourrait causer un préjudice à sa femme. Il n'en reste pas moins pour cela soumis aux conséquences de la vente qu'il a faite: il sera responsable du prix sur ses propres biens et, même suivant les cas, de dommages et intérêts envers le tiers acquéreur.

D'ailleurs, ajoute-t-on, les termes de l'article 1560 ne sont pas assez formels pour soustraire l'aliénation du fonds dotal par le mari à l'application de l'article 1599: le texte se sert de l'expression « faire révoquer », cela ne signifie pas que la révocation ne pourra être poursuivie que par une action en rescision et non par une action en revendication.

Ce système doit être rejeté. Il peut être conforme à la logique, mais il est certainement contraire au texte de l'article 1560. Il s'agit d'une matière toute d'exception, et les questions qui s'y rattachent ne peuvent point se résoudre par les principes ordinaires du droit. C'est l'article 1560

qui sanctionne la règle de l'inaliénabilité édictée par l'article 1554, c'est donc lui seul qu'il faut appliquer, or, il ne fait aucune distinction. Que l'aliénation émane des époux conjointement, de la femme seule ou du mari seul, sa disposition est la même et concerne ces trois hypothèses : « pourront faire révoquer » dit le texte. Toute idée de nullité absolue est écartée par cette expression, nous avons vu, en effet, en commençant ce chapitre, que le texte, primitivement, déclarait l'aliénation « radicalement nulle », et que c'est sur les observations du Tribunat que ces expressions avaient été supprimées. En présence de ce fait il n'est pas possible d'admettre que le droit de révocation accordé par la loi puisse donner lieu à une action autre qu'une action en rescision. Dans cette hypothèse comme dans les précédentes, la nullité de l'aliénation est simplement relative.

Le mari peut n'avoir pas aliéné le fonds dotal comme sien. Il a pu avertir l'acheteur qu'il n'agissait que comme mandataire légal de sa femme. Il a même pu le prévenir que l'immeuble était frappé de dotalité. La plupart des auteurs, même des partisans de la nullité absolue dans l'espèce précédente, sont d'avis qu'il n'y a ici qu'une nullité relative. Mais ils se fondent sur ce que l'acheteur a su que le vendeur disposait de la chose d'autrui, et a été prévenu qu'il n'était pas en face du véritable propriétaire. Cet argument n'est pas concluant. On y a d'ailleurs répondu avec raison que l'article 1599 frappait la vente de nullité du moment où elle avait pour objet la chose d'au-

trui, sans distinguer si l'acquéreur savait ou ignorait qu'il traitait avec un non propriétaire, cette circonstance n'ayant d'effet que sur le chiffre des dommages et intérêts auxquels il aura le droit de prétendre en cas d'éviction. Sans doute la nullité n'est que relative, et s'il en est ainsi, c'est que telle est la disposition de l'article 1560.

Quelles sont les personnes qui pourront invoquer cette nullité ? Au premier rang se place tout naturellement la femme. Mais elle ne peut user du droit de révocation qui lui est accordé par l'article 1560 qu'à partir du moment où elle a repris l'exercice de ses actions, c'est-à-dire après la dissolution du mariage, ou pendant le mariage après la séparation de biens (1). Il est à remarquer que le consentement donné par la femme à la vente ne ferait pas obstacle à l'exercice de son action ; on invoquerait en vain la garantie dont elle est tenue, et il en serait de même au cas où la femme aurait promis formellement garantie : elle ne peut pas, en effet, faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement.

L'article 1560 accorde également aux héritiers de la femme le droit de faire tomber l'aliénation en invoquant la nullité dont elle est entachée ; entre leurs mains cette action sera ce qu'elle eût été entre les mains de la femme.

Mais il pourra se faire que le mari et la femme meurent avant d'avoir exercé l'action en révocation. Leurs enfants

(1) Toullier (t. 14, n° 228) a cependant soutenu que la femme pouvait avec l'autorisation de son mari exercer son action avant cette époque. Cette solution est manifestement contraire au texte de l'article 1560.

vont être héritiers de la femme, mais ils seront en même temps héritiers du mari. Cette qualité d'héritiers du mari fera-t-elle obstacle à l'exercice du droit qu'ils tiennent de la femme? Une distinction a été proposée : si le mari s'est obligé personnellement envers l'acquéreur en le garantissant de toute éviction, les héritiers seront repoussés par la maxime *quem de evictione tenet actio*, etc. ; si au contraire le mari n'est pas tenu à proprement parler à garantie, s'il est seulement obligé de rendre le prix indûment perçu, les héritiers pourront exercer l'action qu'ils tiennent de la femme. Ce que nous avons dit des effets de l'inaliénabilité après la dissolution du mariage relativement aux obligations contractées pendant sa durée nous fait décider d'une manière générale, sans aucune distinction, que l'action des héritiers de la femme ne peut pas être écartée.

Il pourra encore arriver que ce soit le mari qui devienne héritier de sa femme. Pourra-t-il intenter l'action en révocation? On a encore distingué suivant que le mari avait fait la vente sans contracter d'obligation personnelle ou suivant qu'il avait vendu en qualité de propriétaire. Dans le premier cas il pourrait intenter l'action, il ne le pourrait pas dans le second. A notre avis, il le peut toujours, sans même qu'il y ait lieu de distinguer si la succession a été acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. Il faut décider de même au cas où ce serait la femme qui deviendrait héritière de son mari.

Enfin l'article 1560 accorde au mari le droit d'intenter l'action en nullité pendant le mariage. Ce droit est fondé

sur le mandat légal dont il est investi ; c'est le mari seul qui pendant le mariage a l'exercice des actions de la femme, c'est donc lui qui seul peut pendant sa durée intenter l'action en nullité. Dans l'ancienne jurisprudence ce point était douteux au cas où c'était lui-même qui avait consenti l'aliénation. Les Parlements de Bordeaux et de Grenoble notamment lui refusaient ce droit, se fondant d'abord sur la maxime *quem de evictione etc.* et faisant en outre remarquer que l'usufruit était aliénable à son préjudice puisqu'il en est le maître. Aujourd'hui ce droit du mari n'est plus contesté, mais tous les auteurs n'approuvent pas sur ce point la disposition de la loi. Tencin (t. 2, note 695) dit qu'elle est « difficile à justifier en principe », Olier (n° 1327) la déclare « complètement injustifiable quelque faveur que mérite la conservation de la dot ». Mais comme le fait justement remarquer Troplong (n° 3526), ces auteurs oublient « que le mari, par cela qu'il est le chef de la famille n'est pas maître d'être légalement égoïste et de s'isoler au sein du ménage ; que la loi, prévoyante et conséquente avec elle-même, n'a pas dû tolérer qu'il portât préjudice à son usufruit. »

Le mari peut donc intenter l'action en nullité dans tous les cas, même dans celui où il a lui-même consenti la vente et où il est garant lui-même de l'éviction. La règle de l'inaliénabilité l'emporte sur la règle *quem de evictione, etc.* Le mari est vendeur, il doit garantir ; mais sa qualité d'administrateur de la dot doit passer avant toute autre considération.

La femme, ses héritiers, le mari, telles sont les personnes auxquelles l'article 1560 accorde le droit d'invoquer la nullité de l'aliénation indûment faite. Cet article est-il limitatif et les personnes qu'il énumère sont-elles les seules qui puissent invoquer la nullité ? Pourrait-elle être invoquée par l'acquéreur ? Nous avons résolu à l'avance cette question, en étudiant le caractère de la nullité qui frappe l'aliénation de l'immeuble dotal. Cette nullité, étant dans toutes les hypothèses, purement relative, l'acquéreur ne pourra jamais l'invoquer. Dans l'ancien droit, s'il ne connaissait pas la dotalité de l'immeuble, il avait l'action révocatoire ; elle ne lui était refusée que s'il avait su qu'il achetait un bien dotal (Roussilhe, t. 1, n° 390). Cette distinction n'existe plus aujourd'hui : dans les deux cas il est non recevable à attaquer l'aliénation. Si cependant des manœuvres frauduleuses avaient été employées pour lui cacher la dotalité de l'immeuble, il pourrait invoquer la nullité de l'aliénation pour se faire rembourser le prix qu'il aurait payé, car le dol fait exception à toutes les règles (Troplong, t. 4, n° 3523 — Odier, t. 3, n° 1339).

Si le prix n'était pas encore payé, l'acquéreur pourrait certainement invoquer l'article 1653 et refuser le paiement en se fondant sur le danger d'éviction, à moins toutefois que le contraire ait été stipulé ou que le vendeur offre de donner caution.

Une question importante est celle de savoir si les créanciers des époux auraient le droit d'invoquer la nullité de l'aliénation en exerçant le droit de leurs débiteurs ?

En ce qui concerne les créanciers du mari, il est certain qu'ils ne peuvent pas en son nom exercer l'action en révocation de l'aliénation de l'immeuble dotal. Cet immeuble n'ayant jamais fait partie du patrimoine de leur débiteur n'est pas leur gage. Au surplus, si le mari peut demander la révocation de cette aliénation, c'est en sa qualité d'administrateur de la dot : son droit est exclusivement attaché à sa personne et ne peut pas être transmis à ses créanciers (Art. 1166).

En ce qui concerne les créanciers de la femme, on est loin d'être d'accord. Les uns leur accordent dans tous les cas et sans distinction le droit de demander la révocation de l'aliénation. L'article 1166 permet, en effet, aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Or, les actions révocatoires ne rentrent pas dans cette exception, puisqu'elles sont transmissibles aux héritiers ; ce qui, en général, ne se produit pas pour les droits exclusivement personnels (Odier, t. III, n° 1336).

D'autres distinguent entre les créanciers antérieurs ou postérieurs au mariage et ceux dont le titre a pris naissance pendant le mariage.

Les créanciers antérieurs, si ce sont des créanciers hypothécaires, n'ont pas besoin, pour agir contre l'acquéreur, d'invoquer l'article 1166 ; ils ont un droit personnel, un droit de suite qui leur permet de faire vendre les biens dotaux pour se faire payer.

Quant aux créanciers chirographaires, ils peuvent exer-

cer l'action en révocation, en s'appuyant sur l'article 1166. L'immeuble en devenant dotal n'a pas cessé d'être leur gage; lorsqu'il est sorti du patrimoine de leur débitrice, il y a été remplacé par une action en nullité permettant de l'y faire rentrer. Ils pouvaient avant l'aliénation saisir les biens dotaux pour se faire payer sur le prix : ils peuvent après l'aliénation exercer l'action en nullité qu'ils trouvent à la place de l'immeuble aliéné. Les créanciers postérieurs à la dissolution du mariage ayant pour gage toute la fortune de leur débitrice peuvent invoquer l'article 1560, puisque dans cette fortune se trouve l'action tendant à faire prononcer la nullité des actes indûment consentis par elle pendant le mariage.

Mais les créanciers dont les droits ont pris naissance durant le mariage ne peuvent point invoquer l'article 1166 et se prétendre fondés à exercer les droits de leur débitrice, car ils n'ont jamais eu le droit de gage sur les immeubles dotaux (1).

MM. Rodière et Pont (t. II, n° 585) ont proposé une distinction d'une nature différente : « Si la femme, disent-ils, ne paraît obligée par aucun motif de conscience à respecter l'aliénation qui aura été faite, nous admettrions les créanciers à agir à son défaut, parce que son silence équivaldrait alors à une libéralité faite au détriment de ces derniers. Si au contraire, elle paraissait obligée en conscience

(1). Seriziat, p. 280, n° 196. Tessier, t. 2, p. 86. M. Colmet de Santerre, t. VI, n° 232 bis V, p. 499.

à laisser subsister l'aliénation, comme si elle y avait elle-même concouru et que le tiers ait été de bonne foi, nous n'admettrions pas ses créanciers à agir à son défaut, car les créanciers ne peuvent raisonnablement considérer comme faisant partie du patrimoine de leur débiteur des biens que celui-ci n'y saurait faire rentrer que par une injustice. »

Enfin dans un dernier système qui est préférable à tous les autres, les créanciers chirographaires de la femme ne peuvent jamais exercer en son nom l'action en révocation, leurs créances fussent-elles antérieures au contrat de mariage. On objecte que ce droit de révocation est un droit pécuniaire faisant partie du patrimoine de la femme ; mais il est facile de répondre que ce droit ne lui a été conféré qu'en sa qualité de femme dotale, ce qui est une qualité exclusivement attachée à sa personne et dont ses créanciers ne sauraient se prévaloir. Leur prétention serait contraire à l'esprit et aux termes de l'article 1560. Il est bien évident que la règle de l'inaliénabilité et la sanction rigoureuse de cette règle ont été établies dans l'intérêt exclusif de la femme et de la famille, et non dans l'intérêt des créanciers. Ceux-ci lorsqu'ils ont contracté avec la femme, n'avaient qu'à se faire donner des garanties ; ils n'ont pas pris ce soin, ils ont suivi la foi de la femme ; ils ne peuvent pas se plaindre si son patrimoine se trouve diminué. Si on leur donnait l'exercice de l'action en nullité, l'inaliénabilité arriverait à créer à leur égard un droit de suite qu'il n'avaient pas par leur titre original. Personne n'oserait sou-

tenir que telle a été l'intention des rédacteurs du Code : car le but du régime dotal serait manqué ; on n'accorderait en effet l'action en révocation que pour faire passer l'immeuble dotal des mains d'un tiers dans celles d'un autre tiers : la sanction de l'inaliénabilité n'existerait plus. Au surplus l'article 1560 est formel, il n'accorde le droit de faire révoquer la vente qu'à la femme ou à ses héritiers et au mari. Si le législateur avait voulu accorder la même faveur aux créanciers de la femme, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer ainsi qu'il l'a fait toutes les fois que ceux-ci ont été admis à exercer des droits à elle personnels (Cf. art. 1446-1464). Il y a de plus dans l'exercice de l'action révocatoire une question de moralité ; et l'on ne peut pas admettre que les créanciers deviennent juges des motifs de conscience que la femme pourra avoir pour maintenir l'aliénation (1).

Mais si l'immeuble dotal avait été aliéné en fraude des droits des créanciers, ils pourraient attaquer l'aliénation. Car ici ils exercent un droit personnel (art. 1467). La loi n'a pas voulu qu'ils fussent victimes de la mauvaise foi de leur débiteur et elle les a munis d'une action. C'est là une règle générale qui s'applique aux créanciers de la femme dotale comme aux créanciers de toute autre personne.

La femme qui peut exercer l'action en révocation n'a-t-elle que cette seule voie de recours contre l'aliénation du

(1) Troplong n° 3519 — Aubry et Rau § 537 texte et note 25, p. 562 — Montpellier 17 juillet 1846. Dal. 47. 2. 67.

fonds dotal indûment faite ? Ne peut elle pas, si elle le préfère, répéter contre le mari ou ses héritiers le prix d'aliénation par lui touché ? La question ne peut se présenter que dans le cas où l'aliénation a été faite soit par le mari avec le concours de la femme, soit par le mari seul ; or, lorsque le mari a aliéné l'immeuble dotal, ses biens ont été immédiatement grevés d'une hypothèque légale qui assure à la femme la restitution du prix et qui prend rang à dater du jour de l'aliénation (1). Cela posé, la femme après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens peut-elle exercer à son choix l'action révocatoire contre les tiers détenteurs, ou l'action hypothécaire sur les biens du mari, en se faisant colloquer à l'ordre ouvert sur le prix de ses biens ?

Dans le cas de dissolution du mariage, on est d'accord pour accorder à la femme et le droit de révocation et le droit de collocation. Mais au cas de séparation de biens les opinions sont partagées. La femme séparée, a-t-on dit n'a qu'un droit : celui que lui donne l'article 1560 de faire révoquer l'aliénation. La séparation en effet ne fait pas perdre aux biens leur caractère de dotalité ; tant que dure le mariage ils demeurent inaliénables, et par cela seul que la femme ne peut pas les aliéner, elle ne peut pas ratifier leur aliénation, car cette ratification produirait les mêmes effets que l'aliénation elle-même. Or la demande en col-

(1) Si l'aliénation avait été permise par le contrat de mariage l'hypothèque prendrait rang du jour du mariage. Cependant la Cour de Cassation ne distingue pas, elle lui donne toujours rang au jour de l'aliénation.

location de la femme serait une véritable ratification puisqu'elle ne pourrait être créancière du prix qu'autant que la chose serait réellement aliénée (1).

L'opinion contraire est mieux fondée ; la loi en effet a accordé à la femme deux garanties : un droit de révocation et une hypothèque légale. On ne peut pas sans un texte précis la priver de la seconde pour l'obliger à exercer la première : si donc l'hypothèque de la femme est manifestée en temps utile, elle doit nécessairement avoir pour effet d'assurer la collocation et le paiement de la créance à laquelle elle se rapporte dans l'ordre de son antériorité. Quant à l'objection capitale que le système opposé tire de l'impossibilité pour la femme de ratifier l'aliénation pendant le mariage, il est facile d'y répondre en distinguant deux cas : après la dissolution du mariage, l'option de la femme sera définitive, car elle a recouvré sa capacité et pourra dès lors ratifier l'aliénation : après la séparation de biens, comme elle ne peut pas ratifier puisque l'inaliénabilité subsiste, elle ne pourra demander qu'une collocation provisoire. Il pourra être ordonné que les fonds lui seront conservés soit dans les mains de l'acquéreur, soit par un autre emploi. On pourra même les lui remettre moyennant une caution ou toute autre sûreté. Le principe de l'inaliénabilité sera ainsi respecté puisque la femme conserve intact le droit d'exercer son action révocatoire.

(1). Benoît, t. 1, n° 261. — Bellot. t. 1, p. 164. — Taulier, t. 5, p. 338 et un grand nombre d'arrêts.

Cette solution est certainement défavorable aux créanciers du mari ; mais ils ne sont pas en droit de se plaindre. Ils savaient en effet quelle était la situation de leur débiteur ; ils devaient prendre leurs précautions. S'ils ne l'ont pas fait, ils ont été imprudents et doivent subir les conséquences de leur légèreté (1).

L'effet direct de la révocation est de faire rentrer l'immeuble aliéné en la possession de la femme avec tous les accroissements naturels qu'il a pu recevoir ; mais que faut-il décider relativement aux fruits recueillis par l'acquéreur et aux dépenses faites par lui sur l'immeuble dotal ?

Pour les fruits, il faut faire une distinction. Les fruits perçus avant la séparation de biens ou la dissolution du mariage appartiennent au mari. C'est lui qui en a la libre disposition ; la femme ou ses héritiers ne sont donc pas en droit de les réclamer ; le mari est réputé les avoir abandonnés à l'acquéreur en compensation des intérêts du prix dont a joui le ménage. Lorsque le mari intente l'action en nullité, l'acquéreur conformément au droit commun est comptable des fruits à partir de la demande, sauf à les compenser avec les répétitions qu'il peut avoir à exercer contre le mari.

Quant aux fruits perçus après que le mari a perdu la jouissance de la dot, c'est-à-dire soit après la dissolution

(1). Tessier t. 2, p. 62. — Rod. et Pont t. II, n° 581. — Troplong. Hypoth. t. 2, nos 612 à 626. — Cass. 16 nov. 1847. Dal. 48, 1, 46.

du mariage, soit même après la séparation de biens, on applique les articles 549 et 550 : l'acquéreur de bonne foi ne doit rendre que les fruits échus à partir du jour où les vices de son contrat lui ont été connus ; l'acquéreur de mauvaise foi les doit à partir du jour de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage.

Pour les dépenses que l'acquéreur aura faites sur l'immeuble dotal, on appliquera l'article 555 : s'il était de bonne foi, il recevra ou le montant des dépenses, ou la plus value au choix du propriétaire ; s'il était de mauvaise foi il recevra le remboursement de ses dépenses, ou bien il sera condamné à enlever ses constructions ou plantations également au choix du propriétaire.

Remarquons encore que l'acquéreur est responsable des détériorations ou diminutions de valeur provenant de son fait.

Mais l'acquéreur qui doit restituer peut-il user du droit de rétention jusqu'au remboursement du prix qu'il avait payé ou des dépenses utiles qu'il a faites de bonne foi ?

L'affirmative a été soutenue au nom des principes généraux qui régissent le droit de rétention. Mais la négative est plus conforme aux règles particulières du régime dotal. En effet si l'acquéreur avait le droit de retenir l'immeuble jusqu'au remboursement de son prix, l'aliénation que la loi prohibe arriverait souvent à être maintenue : si les époux ne pouvaient pas payer l'acquéreur, la femme se verrait dans l'impossibilité de recouvrer sa dot.

D'autre part, s'il s'agissait de dépenses simplement uti-

les et que l'acquéreur puisse user du droit de rétention, on en arriverait à confirmer l'aliénation de l'immeuble dotal en dehors des cas où cette aliénation est permise.

On ne devrait même pas accorder le droit de rétention à l'acquéreur pour des dépenses nécessaires. Sans aucun doute les époux ne doivent pas s'enrichir à ses dépens, ils devront l'indemniser ; mais cette obligation ne saurait retarder la mise en possession de la femme, sans être en opposition avec les raisons qui ont fait admettre l'action en nullité.

Quel sera alors le recours de l'acquéreur dépossédé soit contre le mari, soit contre la femme ?

L'acquéreur peut toujours réclamer au mari la restitution du prix qu'il a payé. Le mari, qu'il ait déclaré ou non la dotalité de l'immeuble, qu'il ait aliéné seul ou qu'il ne soit intervenu que pour autoriser sa femme, lorsqu'il fait tomber l'aliénation, détient sans cause le prix qu'il a touché : il en doit dès lors le remboursement.

Mais il pourra arriver que l'acquéreur ait droit, outre la restitution de son prix, à un paiement de dommages et intérêts. L'article 1560, en effet, après avoir accordé au mari le droit de faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, ajoute qu'il demeure « sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal. » Les dommages et intérêts qui sont accordés en ce cas par l'article 1560 comprennent tout ce que l'article 1630 autorise l'acquéreur évincé à demander au vendeur. Si le mari avait déclaré dans le con-

trat d'aliénation la dotalité de l'immeuble, il ne serait pas tenu de cette garantie à moins qu'il ne s'y soit expressément obligé.

Si le contrat ne contenait pas la déclaration expresse de dotalité, le mari pourrait-il être admis à prouver qu'en fait cette dotalité était connue de l'acquéreur ? Pour donner ce droit au mari, on a dit que la vente était un contrat de bonne foi et qu'il n'y avait pas lieu en conséquence d'accorder des dommages et intérêts à l'acheteur qui ayant connu d'une façon quelconque la dotalité ne pourrait pas se prétendre lésé. On invoque de plus par analogie l'article 1626 où il est dit que l'acheteur doit être garant des charges « non déclarées » lors de la vente ; ce qui est entendu par tout le monde en ce sens que la connaissance intrinsèque de ces charges suffit pour affranchir le vendeur de l'obligation de garantie.

Cette décision doit être rejetée. Le texte de l'article 1560 est trop formel pour qu'il soit permis de s'en écarter : il exige une déclaration expresse du mari dans le contrat d'aliénation ; et il ne peut y avoir aucun doute sur l'intention du législateur : on n'a qu'à se reporter aux travaux préparatoires du Code civil et l'on y verra que l'article 1560 dans sa première rédaction déclarait le mari sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur « pourvu que celui-ci ait ignoré le vice de l'achat ». Il y avait assimilation avec l'article 1599 pour le cas de vente de la chose d'autrui : l'acheteur peut avoir droit à des dommages et intérêts « lorsqu'il a ignoré que la chose fût à autrui ».

Mais le Tribunal fit observer que la question de savoir si l'acheteur avait ignoré ou non la dotalité de l'immeuble donnerait lieu à des procès et à des difficultés sans nombre, et alors pour couper court à toutes ces questions de fait, il fut proposé de faire résulter la preuve de l'ignorance de l'acheteur du contrat même d'acquisition ; cela fut adopté et à la rédaction primitive on substitua la rédaction actuelle « si le mari n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal (1). »

Si le mari avait concouru à l'acte, non pas en qualité de vendeur ou de garant mais seulement pour autoriser sa femme, il ne serait pas passible de dommages et intérêts envers l'acheteur. Il n'a en effet rien promis, rien dissimulé. C'est avec la femme qu'a traité l'acheteur. Cette solution ne contredit en rien celle qui a été donnée plus haut et qui soumet en ce cas le mari à la restitution du prix, car en autorisant sa femme à faire un acte prohibé, il s'est rendu complice et il est rationnel de présumer qu'il n'a autorisé l'aliénation que pour en toucher le prix.

Quant à la femme, quelle va être sa situation vis-à-vis de l'acquéreur ? Sera-t-elle tenue de lui rembourser intégralement le prix ? Il faut sans hésiter répondre non. La loi a voulu que la femme soit à l'abri de toute perte ; or, elle pourrait éprouver un préjudice si on l'obligeait à restituer tout le prix n'ayant profité que d'une partie. Elle

(1) Benoit, t. 1, n° 267. — Tessier, t. 2, note 698. — Rod. et Pont, t. 2, n° 591. — *Contra.* Troplong, n° 3535. — Aubry et Rau § 537, texte et note 47, p. 571. — Cf. Locré. Lég. XIII, p. 259, n° 16.

ne sera donc tenue que d'une action *De in rem verso*, jusqu'à concurrence de ce dont elle s'est enrichie. Cette décision s'impose quand on considère la femme comme incapable, car elle ne saurait avoir plus que les autres incapables le privilège de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Il en serait autrement si la femme avait donné une garantie sur ses paraphernaux. La raison de douter est assez sérieuse. On a dit que cette responsabilité de la femme sur ses paraphernaux aboutirait indirectement à la confirmation de la vente du bien dotal, car la femme n'aura plus sa liberté d'action si elle a à redouter le recours de l'acquéreur, et que de plus le contrat étant nul dans sa clause principale devait l'être aussi dans la clause accessoire de garantie (Troplong n° 3544).

Dans ce système on semble oublier que si la femme est incapable, c'est seulement en ce qui concerne les biens dotaux ; mais elle a la capacité de s'obliger sur ses paraphernaux ; or, si on déclare nulle son obligation de garantie, on étend par là même aux biens paraphernaux les privilèges que la loi n'a établis que pour les biens dotaux.

La garantie serait due cependant par la femme, même sur ses biens dotaux, si elle s'était rendue coupable de dol.

L'acquéreur d'un immeuble dotal peut repousser l'action en révocation de l'article 1560 par deux fins de non-recevoir : la ratification et la prescription.

Lorsqu'une convention est entachée d'un vice qui ne la

frappe pas de nullité absolue, mais qui la rend seulement annulable, la partie dans l'intérêt de laquelle a été édictée cette nullité peut renoncer à s'en prévaloir. La femme pourra donc ratifier l'aliénation indûment faite de son immeuble dotal, puisque en pareil cas il n'y a qu'une nullité relative, établie dans son intérêt. Il doit en être ainsi, alors même que l'aliénation a été faite par le mari seul, car il a été démontré plus haut que dans cette hypothèse il ne s'agissait jamais que d'une nullité relative. Dans la doctrine qui frappe cette aliénation de nullité absolue, il faudra dire que si le mari a aliéné à titre de propriétaire la femme ne pourra pas ratifier, car si un acte vicieux est susceptible de ratification, un acte qui n'a pas d'existence ne peut pas être confirmé; l'aliénation ne deviendrait alors définitive que si un nouveau contrat était passé entre la femme et l'acquéreur.

La ratification peut être expresse ou tacite, mais en principe elle ne peut avoir lieu qu'après la dissolution du mariage. Pendant le mariage, en effet, et même après la séparation de biens la femme étant incapable d'aliéner ses immeubles dotaux, la ratification d'une aliénation serait aussi nulle que cette aliénation elle-même. Toutefois la ratification faite pendant le mariage serait par exception valable, si elle était contenue dans le testament de la femme, qui pouvant par ce moyen disposer de ses immeubles dotaux ne peut pas être privée de la faculté d'en confirmer les aliénations faites à son préjudice.

Lorsque la ratification est expresse, l'acte qui en établit

la preuve doit réunir les conditions exigées par l'article 1338 ; il faut donc qu'on y trouve mentionnés : 1° la substance de l'obligation qu'il s'agit de ratifier ; 2° le vice dont elle est entachée ; 3° la renonciation au droit de s'en prévaloir.

Lorsque la ratification est tacite, elle ne devra être admise au profit de l'acquéreur que s'il invoque contre l'action en nullité intentée par la femme ou par ses héritiers des faits prouvant la volonté de renoncer à se prévaloir des privilèges spéciaux du régime dotal. Ces faits ne peuvent être précisés à l'avance, c'est aux tribunaux de les apprécier. Comme exemple de ratification tacite, on peut citer l'exécution volontaire par la femme de l'acte d'aliénation (art. 1338). Mais devrait-on considérer comme une exécution volontaire dudit acte le fait de la part de la femme d'avoir reçu après la dissolution du mariage les intérêts du prix d'aliénation ? Les opinions sont partagées. Une solution précise nous semble difficile à donner : tout doit dépendre des circonstances particulières qui accompagnent ce fait.

L'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal peut s'éteindre aussi par la prescription. Cette action étant fondée sur la nullité relative de l'aliénation se prescrira en conséquence par dix ans conformément à l'article 1304. Pour ceux qui admettent que le mari en vendant comme sien l'immeuble dotal a vendu la chose d'autrui, la prescription ne pourra s'accomplir que par trente ans, car il s'agit d'une action en revendication et non d'une action en rescision.

L'article 1560 indique comme point de départ de cette prescription la dissolution du mariage. Mais n'a-t-il point été modifié par l'article 1561 ? C'est une question que nous allons examiner en étudiant avec ce dernier article l'imprescriptibilité du fonds dotal.

CHAPITRE VI

DE L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DU FONDS DOTAL

L'inaliénabilité des immeubles dotaux devait entraîner leur imprescriptibilité. La prescription, en effet, emporte aliénation : « *Alienare videtur qui patitur usucapi* », disait la loi romaine, et les jurisconsultes latins n'avaient pas tardé à déduire de la loi *Julia* l'interdiction de l'usucapion (L. 16, Dig. *De fundo dotali*), décision qui fut étendue par la loi 30 au Code, *De jure dotium*, à toute espèce de prescription. Mais au moment où la femme reprenait le libre exercice de ses droits, l'imprescriptibilité cessait.

Dans l'ancien droit français la dot demeurait inaliénable après la séparation, elle devenait cependant prescriptible à partir de cette époque, sauf dans les ressorts des Parlements de Guyenne et de Normandie (Dumoulin, sur l'art. 28, titre des Prescriptions, Cout. du Bourbonnais — D'Argentré, sur l'article 427 de l'ancienne Cout. de Bretagne).

Comme le droit romain et comme l'ancien droit, le Code civil a admis le principe de l'imprescriptibilité (art. 1561). Le projet de loi posait la règle en ces termes : « Le fonds dotal est imprescriptible pendant le mariage. » Si cette rédaction avait été admise, il en serait résulté que tous les immeubles dotaux eussent été imprescriptibles alors même que le contrat de mariage les eût stipulés aliénables.

Mais le Tribunat fit remarquer qu'il serait logique de faire cadrer l'imprescriptibilité avec l'inaliénabilité, et c'est sur cette observation que fut adoptée la rédaction actuelle de l'article 1561 : « Les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage, sont imprescriptibles pendant le mariage ». Cette décision est facile à justifier : il n'y a là en effet qu'une conséquence de l'inaliénabilité. Mais l'article 1561 s'empresse d'y apporter une exception « à moins, dit-il, que la prescription n'ait commencé auparavant. » Tronchet la combattit vivement et soutint qu'elle était contraire aux règles du droit commun d'après lesquelles la prescription devrait être suspendue. Treilhard répondit à cette objection par des considérations d'intérêt public. D'ailleurs c'est à l'origine de la possession que l'on doit remonter pour apprécier son caractère d'utilité par rapport à la prescription ; or à l'époque où la possession a commencé les immeubles étaient aliénables et par conséquent prescriptibles. Le contrat de mariage qui est venu postérieurement les frapper de dotalité est étranger au tiers possesseur ; à son égard il doit être considéré comme *Res inter alios acta*, et ne peut dès lors avoir une influence

sur le caractère de sa possession. Si le mari néglige d'interrompre la prescription, et si, par suite de ce manque de vigilance, elle vient à s'accomplir, il sera tenu d'indemniser sa femme du dommage résultant pour elle de la perte de son immeuble. Cependant il faudrait appliquer même sous le Code civil le tempérament de la loi romaine (L. 16. Dig. *De fundo dotali*), et décider que le mari ne serait pas responsable au cas où la prescription viendrait à s'accomplir si peu de temps après le mariage qu'il ne fût pas possible de lui reprocher son inaction.

L'article 1561 déclarant imprescriptibles les immeubles dotaux non déclarés aliénables laisse la prescription courir contre ceux que le contrat de mariage a affranchis de l'inaliénabilité. Mais il faut remarquer qu'il n'en est ainsi qu'autant qu'ils auraient été déclarés aliénables purement et simplement. Si l'aliénation n'en avait été permise qu'à charge de emploi, la prescription ne serait pas possible, car la condition essentielle sous laquelle l'aliénation a été autorisée ne pourrait plus se réaliser.

Jusqu'ici l'article 1561 est en harmonie parfaite avec l'article 1560 qui déclare qu'aucune prescription pendant le mariage ne peut être opposée à l'action en révocation accordée aux époux. Mais le Tribunat qui n'avait admis qu'à regret le principe de l'inaliénabilité y fit apporter un tempérament en demandant l'insertion dans l'article 1561, d'une nouvelle dérogation à la règle de l'imprescriptibilité, dérogation qui fut admise et édictée dans un second alinéa :

• Les immeubles dotaux deviennent néanmoins prescripti-

bles après la séparations de biens, quelle que soit l'époque à laquelle la prescription a commencé ».

Cette exception peut paraître bizarre, et l'on est en droit de se demander comment un bien qui demeure inaliénable jusqu'à la dissolution du mariage peut devenir prescriptible à partir de la séparation de biens, c'est-à-dire à un moment où le mariage subsiste encore. Elle peut cependant être justifiée dans une certaine mesure. En effet l'inaliénabilité est pour la femme une mesure de protection contre l'influence de son mari ; c'est ce qui explique pourquoi cet règle a du être maintenue après la séparation de biens, car l'influence du mari est alors d'autant plus à craindre que ses affaires sont en mauvais état. La même raison ne se rencontrait pas pour l'imprescriptibilité : le mari n'ayant aucun intérêt à empêcher sa femme d'interrompre une prescription, rien ne s'opposait à ce qu'après la séparation de biens l'immeuble dotal tout en continuant à être inaliénable devint prescriptible. D'ailleurs la femme séparée a recouvré l'exercice de ses actions, désormais c'est elle qui a l'administration de ses biens, par conséquent c'est elle qui doit faire tous les actes conservatoires les concernant.

Ainsi donc après la séparation de biens il n'y a plus corrélation entre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité : l'immeuble dotal est prescriptible, quelle que soit l'époque à laquelle ait commencé, non pas la prescription, comme le dit improprement l'article 1561, mais bien la possession. Comment alors concilier ce texte avec celui de l'article

1560 qui ne fait courir la prescription que de la dissolution du mariage ? Doit-on décider que les articles 1560 et 1561 réglementent deux espèces différentes, de telle sorte que chacun d'eux doive être interprété sans tenir compte de l'autre ? Ou bien faut-il dire qu'il y a contradiction entre ces deux articles ?

Pour plus de précision il importe d'examiner à un point de vue général les différentes éventualités dans lesquelles la prescription peut menacer la femme dotale :

1° Elle peut avoir aliéné un bien paraphernal sans y avoir été autorisée par son mari ou par justice, elle est alors soumise à la prescription libératoire de l'action en nullité de l'article 1304, prescription qui d'après cet article même commence à courir contre elle à partir seulement de la dissolution du mariage ;

2° L'immeuble dotal peut être aux mains d'un possesseur de mauvaise foi, ou bien peut avoir été acquis avec juste titre et bonne foi mais *a non domino* ; la femme est alors soumise à la prescription acquisitive soit de trente ans (art. 2262), soit de dix ou vingt ans (art. 2265), prescription qui d'après l'article 1561, al. 2 commence à courir à partir de la séparation de biens ;

3° L'immeuble dotal a été aliéné indument, soit par le mari, soit par la femme, soit par tous les deux conjointement. C'est dans cette hypothèse que se présente le conflit entre les articles 1560 et 1561. Quel point de départ faut-il donner à la prescription libératoire de l'action en nullité de cette aliénation ?

On a soutenu et avec raison que l'article 1561 devait être appliqué, c'est-à-dire que l'action en nullité de l'aliénation d'un fonds dotal se prescrit par dix ans à compter de la séparation de biens. Les précédents historiques sont en faveur de cette opinion. La loi 30 au Code *De jure dotium* faisait courir la prescription contre la femme du jour où elle pouvait agir en justice, c'est-à-dire du jour de la dissolution du mariage ou même du jour de la séparation de biens. Dans notre ancienne jurisprudence des pays de droit écrit, notamment d'après celle du Parlement de Toulouse, la prescription de l'action en nullité résultant de l'aliénation d'un fonds dotal commençait à courir à dater de la séparation de biens. Les travaux préparatoires du Code civil viennent encore donner plus de force à ce système. Le législateur avait d'abord déclaré l'immeuble dotal imprescriptible ; ce n'est qu'au cours de la discussion qu'il fut admis que la prescription des fonds dotaux courrait à partir de la séparation de biens parce que, à ce moment, aux termes de l'article 1449, la femme séparée reprend la jouissance et l'administration de sa fortune ; mais si l'article 1561 fut modifié en ce sens, on oublia malheureusement d'apporter la même modification à l'article 1560. Et ce qui prouve qu'il n'y a eu là rien qu'un oubli, ce qui établit que l'intention du législateur était de modifier l'article 1560 comme l'article 1561, ce sont les termes dont il s'est servi au Titre de la Prescription lorsqu'après avoir décidé que la prescription court contre la femme mariée à l'égard des biens dont le mari a l'administration (art. 2254),

il ajoute dans l'article 2255 : • néanmoins elle ne court pas pendant le mariage à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformément à l'article 1561. » Ce renvoi à l'article 1561 n'indique-t-il pas d'une façon assez claire que la véritable règle en fait de prescription des immeubles dotaux est contenue dans cet article ? En résumé l'article 1561 est général ; il s'applique tout à la fois et à la prescription acquisitive et à la prescription libératoire. Si on en limitait l'application à la prescription acquisitive, on ferait une distinction qui n'est pas écrite dans la loi, qui d'ailleurs ne pouvait pas l'être : il y a en effet identité de motifs, et l'on ne voit pas pourquoi l'une des prescriptions serait suspendue tandis que l'autre reprendrait son cours. Le second alinéa de l'article 1561 a donc apporté une exception au premier alinéa portant que l'immeuble dotal est imprescriptible pendant le mariage et a abrogé la disposition de l'article 1560 portant qu'aucune prescription ne court pendant le mariage contre l'action en nullité de l'aliénation indument faite. En conséquence, qu'il s'agisse de prescription acquisitive ou qu'il s'agisse de prescription libératoire, la prescription commencera à courir à partir de la séparation de biens (Valette, *Rev. franç. et étr.* 1840 t. 7, p. 241).

Cette opinion est loin d'être admise par tous les auteurs, elle est de plus rejetée par la Cour de Cassation. Le droit romain et l'ancien droit, disent nos adversaires, doivent être laissés de côté : le Code civil a réglementé à nouveau le régime dotal et a pu par conséquent modifier les législa-

tions antérieures. Or il résulte de la comparaison des articles 1560 et 1561 que, loin d'être contradictoires, ces articles visent deux espèces différentes. L'article 1561 ne s'occupe pas de toutes les prescriptions relatives aux biens dotaux ; il ne régit que celles tendant à procurer au possesseur la propriété de l'immeuble dotal sans aucun autre titre que la possession. L'article 1560 prévoit le cas où l'immeuble dotal ayant été indûment aliéné par les époux, la prescription a pour but de consolider la propriété de cet immeuble entre les mains du tiers détenteur, en le mettant à l'abri de l'action révocatoire de la femme. Et alors tandis que l'article 1561 décide que la prescription acquisitive commencera à courir du jour de la séparation de biens, l'article 1560 ne fait courir la prescription libératoire que de la dissolution du mariage. L'argument tiré de l'article 2255 n'est pas concluant, car c'est par une erreur de copiste que cet article renvoie à l'article 1561 : la minute de la rédaction renvoyait à l'article 1560 (Cass. 4 juill. 1849. Sir. 50, 1, 283).

Ces objections ne sont pas assez puissantes pour réfuter le système que nous avons tout d'abord exposé. Elles n'ont pour unique fondement qu'une confusion entre la nullité des actes faits par la femme non autorisée (art. 1304) et la nullité des actes faits par la femme dûment autorisée, mais qui est frappée d'incapacité par suite de sa soumission au régime dotal (art. 1560).

Au surplus quelle que soit l'interprétation que l'on donne à l'article 1561, al. 2, la règle que la prescription des im-

meubles dotaux court pendant le mariage à partir de la séparation de biens, doit être entendue avec un certain tempérament résultant des principes généraux du droit commun. *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, avaient dit les jurisconsultes romains. L'article 2256 a reproduit la même idée : « La prescription est suspendue pendant le mariage dans tous les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari ». La femme est considérée comme étant dans l'impuissance morale d'agir toutes les fois que l'exercice de son action doit causer un préjudice à son mari : et par suite la prescription est suspendue jusqu'à la dissolution du mariage.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — Si la loi *Julia de adulteriis* s'occupait tout à la fois du fonds dotal et de l'adultère de la femme, c'est qu'en réprimant l'adultère et en assurant la restitution de la dot, elle parvenait au même but, c'est-à-dire à encourager le mariage.
- II. — Après comme avant la loi *Julia*, le mari est seul propriétaire de la dot. — Il en fut de même dans le droit de Justinien.
- III. — L'immeuble acquis des deniers dotaux par le mari seul n'est pas inaliénable.
- IV. — La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal ne vient pas de la loi *Julia*, mais du *Sénatus-consulte Velléien*.
- V. — Dans le droit classique, l'emploi de la force n'est pas admis pour l'exécution des restitutions ordonnées par le juge.
- VI. — Les créanciers ne peuvent faire révoquer par l'action Paulienne la constitution de dot qu'à la

condition d'établir que les époux ont été *conscii fraudis*.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Le principe de l'inaliénabilité est fondé sur l'incapacité de la femme.
- II. — L'exécution des obligations contractées par la femme pendant le mariage ne peut être poursuivie, même après sa dissolution, sur les immeubles dotaux.
- III. — La clause par laquelle les futurs époux se sont réservé la faculté d'hypothéquer les immeubles constitués en dot est valable. — Cette faculté est comprise dans la réserve du droit d'aliéner, stipulée dans le contrat de mariage.
- IV. — Le remploi de l'immeuble dotal, dans le cas où l'aliénation en est permise sous cette condition, ne peut être valablement effectué après la dissolution du mariage.
- V. — La nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal est une nullité relative.
- VI. — Dans le cas où l'immeuble dotal a été indûment aliéné, la femme, soit après la dissolution du mariage, soit pendant le mariage après la séparation de biens, peut à son choix exercer l'action révocatoire contre les tiers détenteurs, ou l'action hypothécaire sur les biens de son mari.

VII. — L'action en nullité de l'aliénation des immeubles dotaux se prescrit par dix ans à compter de la séparation de biens.

DROIT CRIMINEL

- I. — La condamnation prononcée en pays étranger contre un étranger, pour crime commis en France, ne constitue pas à son égard « la chose jugée » qui empêche de nouvelles poursuites en France contre le même étranger, à raison du même fait.
- II. — Le fait par un inculpé de prendre sciemment le nom d'un tiers, et de se faire condamner sous ce nom, ne constitue pas le crime de faux.
- III. — Une cour d'assises ne peut pas accorder la mise en liberté provisoire d'un accusé dont elle renvoie l'affaire à une autre session.

DROIT PUBLIC ET DROIT INTERNATIONAL

- I. — En matière de lois de finances, sauf la question de priorité, le Sénat a les mêmes pouvoirs que la Chambre des députés.
- II. — La loi française ne donne pas à l'auteur étranger, dont les œuvres ont été représentées en pays

étranger, le droit de s'opposer à la représentation de ces œuvres en France.

III. — La naturalisation du mari entraîne de plein droit le changement de nationalité de la femme.

Vu par le Président de la thèse,
E. GARSONNET.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I. — De l'inaliénabilité du fonds dotal sous la loi <i>Julia</i> . . .	5
CHAPITRE II. — Étendue de la prohibition de la loi <i>Julia</i>	33
CHAPITRE III. — De l'hypothèque du fonds dotal.	45
CHAPITRE IV. — Sanction du principe d'inaliénabilité.	48
CHAPITRE V. — Exceptions à la prohibition de la loi <i>Julia</i>	53
CHAPITRE VI. — Législation de Justinien	66

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — De l'inaliénabilité du fonds dotal dans l'ancien droit. .	77
CHAPITRE II. — Du régime dotal sous le Code civil.	87
CHAPITRE III. — De l'inaliénabilité du fonds dotal	108
CHAPITRE IV. — Exceptions au principe de l'inaliénabilité. . . .	171
<i>Section I.</i> — Exceptions résultant des conventions matrimo- niales. — Du remploi	172
<i>Section II.</i> — Exceptions résultant des dispositions du Code .	195
<i>Section III.</i> — Exceptions résultant de lois spéciales et de l'in- térêt général	223
CHAPITRE V. — De la sanction de l'inaliénabilité	225
CHAPITRE VI. — De l'imprescriptibilité du fonds dotal.	250

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. -- Paris, boulevard Saint-Michel, 52.
